Der
Herausgabeanspruch des früheren Besitzers.

(§ 1007 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht und veröffentlicht

von

August Loos,
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1905.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Dahn.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Dahn, Prodekan.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543101_0095

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil.

Die historischen Grundlagen des Herausgabeanspruchs des früheren Besitzers.

A. Einleitung.

§ 1. Die actio Publiciana 1

§ 2. Die Entstehungsgeschichte des § 1007 3

§ 3. Inhalt und Charakter des Anspruchs aus § 1007 . . . 4

§ 4. Die geschichtlichen Grundlagen des Anspruchs aus § 1007 im allgemeinen 7

B. Die deutsche Fahrnisklage bei unfreiwilligem Verlust.

§ 5. 1. Grundzüge des älteren deutschen Rechts bezüglich der Verfolgung beweglicher Sachen. — Die Anefangsklage 9

2. Das Klagefundament der deutschen Klage.

§ 6. a) Schon im älteren Recht ist Klaggrund nicht das Eigentum, sondern die frühere Gewere und der Verlust der Sache durch Diebstahl oder Raub . 12

I. Ansicht von Bruns.

II. Ansicht von Hermann.

III. Widerlegung Hermanns.

IV. Widerlegung der Brunsschen Theorie. — Theorie Labands.

V. Vorhandensein des Grundsatzes „Hand wahre Hand“ im alten und neueren Recht.

VI. Bedeutung der Formel „rem suam esse“ etc.

Seite

§ 7. b) Nähere Darlegung des Klaggrundes im Mittelalter 23
I. Die Gewere und ihre Bedeutung bezüglich der beweglichen Sachen.
II. Erörterung des Grundes für die besondere Gestaltung des deutschen Verfolgungsrechts.
III. Ausdehnung des Grundsatzes der unbedingten Verfolgbarkeit auf alle Fälle unfreiwilligen Verlustes

§ 8. 3. Die Verteidigung des Beklagten 31

§ 9. 4. Rechtlicher Charakter der Klage 35
I. Sie ist eine petitorische Klage.
II. Sie ist eine dingliche Klage.

§ 10. 5. Das Moment des guten Glaubens und seine ersten Spuren bei der Fahrnisklage 40

C. Die Schicksale der deutschen Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorener Gewere und der in ihr ausgeprägten Anschauungen nach der Rezeption.

§ 11. 1. Übersicht 43

2. Das gemeine Recht.

§ 12. a) Allgemeines 44

§ 13. b) Das possessorium ordinarium 46
I. Die Fortbildung des interdictum uti possidetis in Italien.
II. Das Interdikt als possessorium ordinarium in Deutschland.

§ 14. c) Die actio spolii 58
I. In Italien.
II. In Deutschland.

§ 15. 3. Die deutschen Partikularrechte, insbesondere der Städte 64

§ 16. 4. Die neueren Kodifikationen 67

§ 17. 5. Schluß des ersten Teils und Vergleich des heutigen Anspruchs mit der deutschen Klage 70

Zweiter Teil.

Das geltende Recht.

		Seite
§ 18.	1. Übersicht	74
	2. Der Herausgabeanspruch des § 1007 im einzelnen.	
§ 19.	a) Anspruchsberechtigter, Anspruchsverpflichteter	76
§ 20.	b) Anspruchsvoraussetzungen und Anspruchsentstehungshinderungsgründe	81
§ 21.	c) Gegenrechte	90
§ 22.	d) Erörterungen einiger anderer, den Herausgabeanspruch des § 1007 betreffender Punkte . .	95
	3. Verhältnis des Herausgabeanspruchs des § 1007 zu andern Herausgabeansprüchen.	
§ 23.	a) Die Stellung des Anspruchs aus § 1007 zu den Herausgabeansprüchen auf Grund eines Rechts, insbes. des Eigentums (§ 985)	96
§ 24.	b) Die Stellung des Anspruchs des § 1007 zu dem Anspruch des § 861	104
§ 25.	Schlußwort	108
	Literaturverzeichnis mit Angabe der in der Arbeit gebrauchten Zitierungsweise	109

Erster Teil.

Die geschichtlichen Grundlagen des Herausgabeanspruchs des früheren Besitzers.

A. Einleitung.

§ 1.

Die actio Publiciana.

Für den früheren Besitzer einer Sache gibt es Rechtsschutz auf verschiedene Weise.

Will er lediglich Regelung und Schutz des Besitzes als solchen erreichen, so genügt die Tatsache des früheren Besitzes und dessen unberechtigte Entziehung.

Ein Recht zum Besitz entspringt aus dieser Grundlage jedoch nicht. Will der Kläger ein ius possidendi zur Anerkennung bringen, so muß er sein dingliches oder obligatorisches Recht, aus dem sein Anspruch auf den Besitz der Sache sich ergibt, geltend machen.

Das war der Standpunkt des älteren römischen Rechts.

Neben dieser Möglichkeit gewährte das römische Recht aber später noch eine andere. Ein Recht auf Erlangung des Besitzes bekam auch derjenige, der einen früheren besonders qualifizierten Besitz geltend machen konnte. Dies geschah vermittelst der actio Publiciana.

Als ein solcher Besitz mit rechtserzeugender Kraft wurde jedoch nur der Ersitzungsbesitz aufgestellt: der gutgläubige titulierte Erwerber einer ersitzungsfähigen Sache, demnach der werdende Eigentümer, sollte einen erleichterten Weg zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes der Sache erhalten. Ein derartig gestalteter Besitz begründet also ohne weiteres ein dingliches Recht, da es die Sache unmittelbar der Gewalt des Besitzers unterwirft und gegen jedermann durchgesetzt werden kann. Jedoch mit einer Einschränkung: gegenüber dem Eigentümer der Sache in der Regel und unter Umständen gegenüber einem ebenfalls gutgläubigen titulierten Besitzer entsteht aus der bonae fidei possessio kein Besitzrecht.[1])

Es kann also mittelst der actio Publiciana der frühere besser qualifizierte Besitzer vom jetzigen schlechter qualifizierten Besitzer die Herausgabe der Sache erreichen. Geschützt wird somit nur das relativ bessere ius possidendi.[2])

Die actio Publiciana wurde später in Deutschland mit dem römischen Recht rezipiert und galt im gemeinen Recht bis zur Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Beziehungen der publicianischen Klage zur Ersitzung wurden jedoch im gemeinen Recht nur mehr als historische betrachtet; die Klage war die des bonae fidei possessor, ohne daß die frühere Unterstellung zutreffen mußte, der Kläger wäre durch Ersitzung Eigentümer geworden, so daß namentlich die Fortdauer des redlichen Besitzes, die vom kanonisch-gemeinen Recht bei der Ersitzung verlangt wurde, nicht notwendig war.[3])

---

[1]) Dernburg, Pand. S. 63.

[2]) Stobbe-Lehmann S. 251; Dernburg, Pand. § 194.

[3]) v. Vangerow § 335; Dernburg, Pand. § 228; a. M. Windscheid-Kipp § 199.

§ 2.

Die Entstehungsgeschichte des § 1007.

An diese Auffassung der actio Publiciana schloß sich das Bürgerliche Gesetzbuch in seinem ersten Entwurfe an.

§ 945 schützte den redlichen Erwerber einer Sache ebenso wie die actio Publiciana, „indem derjenige die Ansprüche des Eigentümers, insbesondere also die Herausgabe der Sache bei Verlust des Besitzes geltend machen konnte, welcher den Besitz einer beweglichen Sache erworben hat, sofern er bei dem Besitzerwerbe den Umstand nicht gekannt hat, durch welchen der Erwerb des Eigentums an der Sache verhindert worden ist . . . .“ In Abs. 2 war dann ebenfalls die Relativität dieses Anspruchs ausgesprochen.

Doch bestand, abgesehen von der Beschränkung auf die beweglichen Sachen und den geringen Einfluß der obligatorischen causa, ein wichtiger Unterschied zwischen der alten Publiciana und der Gestaltung des ersten Entwurfs: Durch die Möglichkeit des vollen Eigentumserwerbs auch vom Nichteigentümer in § 877 ist das Geltungsgebiet der neuen Publiciana ein ganz anderes geworden. Nunmehr gewährt sie gerade denjenigen ihren Schutz, denen er nach römischem Recht wegen der Unmöglichkeit der Ersitzung von res furtivae fehlte, den gutgläubigen Erwerbern gestohlener, verlorener oder in anderer Weise ohne den Willen des Eigentümers abhanden gekommener Sachen (vgl. § 879).

Wie die Motive[4]) dazu bemerken, wurde dieser Weg einer Regelung in römischrechtlichem Sinne beschritten, um einerseits nicht eine Beweiserleichterung zuzulassen, andererseits

[4]) Mot. III 430, 431.

die exceptio de iure tertii auszuschließen. Diese Folgen hätte aber die Einschlagung des andern von der Kommission erwogenen Weges, der sich im älteren deutschen Recht und den Bestimmungen des preußischen Landrechts darbot, nach Ansicht der Kommission gehabt.

Von seiten der Germanisten[5]) wurde diese Regelung bekämpft, und wesentlich daraufhin wurde der § 945 durch die Kommission für die zweite Lesung abgeändert und in dem § 919 der jetzige Inhalt des § 1007 niedergelegt, der dann auch bis zur endgültigen Annahme des Gesetzentwurfs keine Änderungen mehr außer der rein äußerlichen Nummerierung des Paragraphen erlitt. Die Gründe für die Änderung lagen in der Neuschöpfung des § 918 (späteren § 990 bezw. 1006), der einen lediglich auf den Eigenbesitzer beschränkten publicianischen Anspruch überflüssig mache.[6])

§ 3.

Inhalt und Charakter des Anspruchs aus § 1007.

Der neue Anspruch des § 1007 ist ein Anspruch aus früherem Besitz. Der frühere gutgläubige Besitzer einer beweglichen Sache, welchem dieselbe unfreiwillig abhanden gekommen ist, kann die Herausgabe der Sache von dem gegenwärtigen minderberechtigten Besitzer verlangen. Es entspringt somit aus dem früheren Besitze ein Recht auf den Besitz, das die Sache unmittelbar der Willensmacht des Berechtigten unterwirft, daher auch den Verlust der tatsächlichen Herrschaft überdauert und grundsätzlich gegen jeden gegenwärtigen

[5]) z. B. Gierke, Entw. S. 349.

[6]) Prot. S. 4054.

Besitzer verwirklicht werden kann.[7]) Der Anspruch aus § 1007 ist demnach ein dinglicher, und nur in der Hinsicht einer gewissen Beschränkung unterworfen, als der betreffende gegenwärtige Besitzer als schlechter berechtigt bezeichnet werden muß.[8]) Man bezeichnet deshalb denselben genau als relativdinglichen Anspruch. Im Gegensatz dazu versucht Staudinger[9]) die Dinglichkeit zu leugnen, doch hat er damit keinen Anklang gefunden.

Der Anspruch aus § 1007 ist ferner petitorischer Natur, denn Ziel desselben ist Verwirklichung des Rechts, das dem früheren Besitz zugrunde lag und durch den Verlust desselben beeinträchtigt ist, indem durch Herausgabe der Sache derjenige tatsächliche Zustand wiederhergestellt werden soll, der dem Recht entspricht.[10]) Auch können dem Anspruch Gegenrechte, die zur Verweigerung der Leistung berechtigen, entgegentreten; beides Momente, die bei den possessorischen Klagen nicht vorhanden sind. Nicht steht der petitorischen Natur entgegen, daß die Durchsetzung des Anspruchs im Prozeß nicht immer zu einer endgültigen Regelung führt.

Andererseits bildet die Basis des Anspruchs lediglich der frühere Besitz; das diesem zugrunde liegende Recht wird nicht zur Stütze des Anspruchs benötigt; insofern ist er kein Anspruch aus dem Recht, wie der Eigentumsanspruch aus § 985, sondern aus dem Besitz. Er ist, wie Endemann sagt[11]): „rechtlich eingeordnet zwischen dem Anspruch aus dem Eigentum oder einem sonstigen dinglichen Rechte und dem

[7]) Endemann S. 187/88.

[8]) Dernburg, B. § 124.

[9]) Staudinger Anm. 1 zu § 1007.

[10]) Gierke S. 65.

[11]) Endemann S. 182.

Anspruch aus dem Besitzstande“, oder anders ausgedrückt, er ist ein petitorischer Anspruch auf possessorischer Grundlage.

Der Anspruch bezieht sich nur auf bewegliche Sachen und geht auf Herausgabe. Anspruchsberechtigter ist jeder frühere Besitzer, nicht bloß Eigenbesitzer, Eigentümer, Pfandgläubiger, sondern auch Entleiher, Verwahrer, Finder usw. Es hat dadurch also auch der nur auf Grund persönlichen Rechts zum Besitz Berechtigte einen dinglichen Schutz erhalten.[12]) Im Prozeß hat der Kläger stets seinen früheren Besitz und den gegenwärtigen des Beklagten zu behaupten, bezw. zu beweisen. Für den außerdem erforderlichen Teil der Klagebegründung, daß der Beklagte schlechter besitze, stehen dem Kläger zwei Wege offen:

Entweder er behauptet, daß der Beklagte beim Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war (§ 1007 Abs. 1),

oder: daß ihm selbst die Sachen unfreiwillig abhanden gekommen sind (§ 1007 Abs. 2).

Für Geld und Inhaberpapiere kommt nur die erste Möglichkeit in Betracht (§ 1007, 2 S. 2).

Der Beklagte kann sich auf verschiedene Art verteidigen. In beiden Fällen kann er geltend machen:

1. Daß der Kläger beim Erwerb seines früheren Besitzes nicht in gutem Glauben war (§ 1007 Abs. 3 S. 1).

2. Daß derselbe den Besitz freiwillig aufgegeben hat (§ 1007 Abs. 3 S. 1).

3. Daß ihm, dem Beklagten, ein Recht zum Besitze zusteht (§ 1007 Abs. 3 S. 2 in Verb. mit § 986).

Nur der zweiten Klagebegründung gegenüber kann der Beklagte behaupten:

---

[12]) Dernburg, B. § 124.

1. Daß er Eigentümer ist.

2. Daß ihm die Sache vor der Besitzzeit des Klägers abhanden gekommen war.

§ 4.

Die geschichtlichen Grundlagen des Anspruchs aus § 1007 im allgemeinen.

Aus dieser kurzen Darlegung des Wesens des Anspruchs aus § 1007 zeigte sich bereits, daß wenn auch derselbe als Ersatz der im ersten Entwurf enthaltenen und dann wieder beseitigten actio Publiciana aufgenommen ist, ein innerer Zusammenhang zwischen beiden doch nicht vorhanden ist. Der Zweck des neuen Anspruchs ist zwar gleichfalls der Schutz des relativ besseren Rechts — aber einmal in viel weiterem Umfange, als es mit der Publiciana möglich war, und andererseits sind seine Voraussetzungen, der Grund der darauf zu gründenden Klage, die Aktiv- und Passivlegitimation, ganz wesenstlich neue und selbständige.[13]) Außerdem ist der Anspruch des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur bei beweglichen Sachen gegeben. Zu den historischen Grundlagen des § 1007 kann daher die actio Publiciana nicht gerechnet werden, wenn sich auch etwas römischer Einfluß bei § 1007 bemerkbar macht[14]); sie wird infolgedessen auch bei unserer Aufgabe außer Betracht bleiben. Es paßt übrigens die vielfach übliche Bezeichnung des § 1007 als actio Publiciana des Bürgerlichen Gesetzbuchs demnach auch nicht.

---

[13]) Gierke S. 70.

[14]) Dernburg, B. S. 384; Eck-Leonhard S. 188; Matthiaß S. 96; Cosack S. 94; Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1007; Engelmann S. 566; Kuhlenbeck S. 472.

Die historischen Grundlagen des Anspruchs sind vielmehr im deutschen Recht zu suchen: Die deutschrechtliche dingliche Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorener Gewere hat in § 1007 ihre moderne Verwirklichung erhalten. Die in diesem Paragraphen enthaltenen Rechtsgedanken waren, nur in unwesentlichem abweichend, bereits im älteren deutschen Recht vorhanden, und sie haben sich mehr oder minder kräftig auch durch das Zeitalter der Rezeption, teils im gemeinen Recht selbst, teils in Partikularrechten erhalten, bis sie im Bürgerlichen Gesetzbuch wieder zur rechten Wirkung gelangten.[15])

Diese historischen Grundlagen näher darzustellen und im einzelnen nachzuweisen, sowie ihre allmähliche Entwicklung bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch zu verfolgen, wird in folgendem uns beschäftigen. Dabei werden wir freilich finden, daß in einem Punkte auch ein Grundsatz des rezipierten römischen Rechts aufgenommen wurde, von dessen Berücksichtigung sich zwar im späteren deutschen Recht auch bereits Ansätze zeigten, dessen eigentliche Ausbildung aber doch erst unter dem Einflusse des römischen Rechts erfolgte: das Moment des guten Glaubens. Was wir bei einer späteren vergleichenden Zusammenstellung an Unterschieden zwischen dem alten deutschen Recht und demjenigen des § 1007 finden werden, trifft mehr „den äußeren Bau als das innere Wesen der Klage und läßt den Grundgedanken unberührt“.[16])

---

[15]) Planck Anm. 1 zu § 1007 S. 281; Gierke S. 46; Dernburg, B. S. 384; Staudinger Anm. 1 zu § 1007; Stobbe-Lehmann S. 273 u. a.

[16]) Gierke S. 72.

B. Die deutsche Fahrnisklage bei unfreiwilligem Verlust.

§ 5.

I. Grundzüge des älteren deutschen Rechts bezüglich der Verfolgung beweglicher Sachen. — Die Anefangsklage.

In ältester Zeit gab es als Klagen um Gut, d. h. auf Herausgabe fahrender Habe, die Klagen um Diebstahl und um Raub. Sie waren, wie in den Anfängen einer Rechtsentwicklung natürlich, Deliktsklagen, in denen der subjektive Vorwurf des betreffenden Verbrechens erhoben wurde. Als Verfahrensarten für dieselben gab es das Verfahren bei handhafter Tat und dasjenige mit Spurfolge. Dieses zweite Verfahren, angewendet, wenn eine Sache heimlicherweise gestohlen ist (s. die Schilderung in l. Salica 37),[17]) ist bereits nicht mehr ausschließlich strafrechtlicher Natur und stellt so die Verbindung her mit der eigentlichen bürgerlichen Klage um Gut, der Anefangsklage des deutschen Mittelalters.

Diese ist die hauptsächlichste Klage des deutschen Rechts auf Wiedererlangung von wider Willen abhanden gekommenen Sachen, die für unsere Aufgabe in Betracht kommt.

Bei ihr steht die strafrechtliche Verfolgung ganz zurück, wenn freilich dies Moment dabei auch in Erscheinung treten konnte. Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt besonders London,[18]) der behauptet, daß die Anefangsklage, sowohl in

[17]) Behrend S. 98; Brunner S. 496.

[18]) London S. 14/15. — Die Auffassung Londons stammt aus dem Seminar Dahns in Königsberg 1884, der die Hereinziehung des Strafrechtlichen zur Grundlage der Erklärung des Anefangs machte.

früherer wie in späterer Zeit, ihrem Wesen und Hauptzweck nach eine Strafklage gewesen sei, eine Klage zur „Ermittelung, Überführung und strafrechtlichen Verurteilung einer Person, die sich eines Bruches der Rechtsordnung, insbesondere eines Diebstahles, schuldig gemacht habe". Die Herausgabe der Sache sei nur eine Nebenerscheinung des Verfahrens, die sich daraus erkläre, daß außer der Strafe stets die Verpflichtung des Beklagten, den Kläger schadlos zu halten, ausgesprochen wurde. Die näheren Beweise Londons hier zu besprechen, würde zu weit führen. Seine Ansicht ist bereits vor ihm von Laband[19]) abgelehnt worden, der zeigt, daß es sich bei der Anefangsklage gerade in erster Linie um einen vermögensrechtlichen Anspruch handelt (vgl. Sachsensp. II, 36),[20]) daß in ihr die Diebstahlsbeschuldigung gar nicht zugleich vorzukommen braucht. In neuerer Zeit ist ihm auch Meyer[21]) entgegengetreten, der betreffs einer der Hauptbelege Londons, der l. Salica 47, zeigt, daß „das strafrechtliche Moment erst sekundär sich entwickelt".[22])

Übrigens ist noch auf eins aufmerksam zu machen. Genau genommen bedeutet Anefangsklage[23]) nur eine prozessuale Klagform des materiellen Anspruchs auf Herausgabe der abhanden gekommenen Sachen. Sie besteht darin, daß der Kläger den Prozeß beginnt, indem er die Sache, wo er sie findet, in bestimmter Weise anfaßt.[24]) An ihrer Stelle konnte der Kläger auch nach seinem Belieben mit der schlichten Klage vorgehen, d. h. einer Klagform ohne die Zeremonie

[19]) Laband S. 93.

[20]) Weiske S. 69.

[21]) Meyer S. 11—13.

[22]) So auch Brunner S. 499; Gengler S. 113.

[23]) Laband S. 57.

[24]) Siegel S. 415.

des Anfassens, wie sich aus dem Richtsteig Ldr. XI § 3[25]) ergibt. Diese Wahl hatte der Kläger allerdings nicht bei der Rückforderung von freiwillig weggegebenen Sachen: Hier konnte er nicht mit Anefang klagen (Rechtsbuch nach Distinctionen IV, 42 § 5).[26])

Da nun aber die schlichte Klage überhaupt in den sächsischen Rechtsquellen des 13. Jahrhunderts erst vorkommt,[27]) früher gar nicht erwähnt wird, so daß für das ältere deutsche Recht auch bei unfreiwilligem Verlust nur eine prozessuale Form des Herausgabeanspruchs gegeben war, so ist die Bezeichnung jener Fahrnisklage im materiell-rechtlichen Sinne mit „Anefangsklage" für das ältere deutsche Recht unschädlich.

Bestimmen wir zunächst im allgemeinen den Standpunkt des älteren deutschen Rechts bezüglich der Verfolgung beweglicher Habe, so kommen wir zur Aufstellung folgender beiden Sätze[28]):

1. Wer eine Sache absichtlich aus seiner Gewere einem anderen gegeben hat, mit einem Rückgabegedinge, kann sich nur an diesen halten, von einem Dritten, der die Sache z. B. gestohlen hat, kann nur der andere sie herausverlangen. Dieser Grundsatz wird mit der Rechtsparömie „Hand wahre Hand" ausgedrückt.[29])

2. Wem eine Sache infolge Diebstahls oder Raubes aus der Gewere gekommen ist, kann sie von jedem, in dessen Gewere sie sich jetzt befindet, herausverlangen.

---

[25]) Hohmeyer S. 121—123.

[26]) Ortloff S. 257.

[27]) Meyer S. 80.

[28]) Heusler, J. II S. 7; Stobbe-Lehmann S. 252.

[29]) s. die Erklärung des Sprichwortes bei Heusler, J. II S. 211: Es hat zwei Bedeutungen.

Das sind die beiden Sätze, welche die Grundlage der sogen. deutschrechtlichen Fahrnisvindikation bilden; sie ergeben zwei Klagen, die man zu nennen pflegt die Klage gegen den Vertrauensmann und die Klage auf Herausgabe von gestohlenen Sachen, die Anefangsklage.[30]) Diese letztere erhält später die allgemeinere Bedeutung einer Klage aus jeder unfreiwillig verlorenen Gewere, sie ist die oben genannte deutsche Fahrnisklage, in der die Grundgedanken des § 1007 zu finden sind.

Diese deutsche dingliche Klage zeigt einen von römischen Grundsätzen gänzlich verschiedenen Charakter, sowohl bezüglich der Person des Klägers wie des Klaggrundes. Der Rechtsschutz, den die frühere Gewere durch diese Klage erhält, ist außerdem nicht nur ein, um römisch zu sprechen, possessorischer, in ihr wird vielmehr das ihr zugrunde liegende Recht geschützt; der Streit ums Recht wird damit sogleich endgültig erledigt.

Diese Charakterisierung der Fahrnisklage ist jedoch nicht unbestritten. In der nun folgenden Untersuchung werden wir jedoch zu dem Resultate kommen, daß sie die richtige ist.

2. Das Klagefundament der deutschen Klage.

§ 6.

a) Schon im älteren Recht ist Klaggrund nicht das Eigentum, sondern die frühere Gewere und der Verlust der Sache durch Diebstahl oder Raub.

Wenden wir uns zunächst dem Klagefundament zu. Dies wird gebildet durch die Behauptung des Klägers, daß er die

[30]) So Heusler, J. II S. 7 für die l. Salica.

Sache früher in seiner Gewere gehabt habe und sie ihm aus dieser infolge Diebstahls oder Raubes abhanden gekommen sei.[31])

Aktiv legitimiert ist also jeder, der die Sache früher in seiner Gewere hatte, wobei nichts auf die Natur des Rechts ankommt, als dessen Ausdruck die verlorene Gewere erschien; passiv legitimiert ist nicht nur der Dieb oder der Räuber, der die Sache noch hat, sondern jeder Dritte, in dessen gegenwärtiger Gewere die Sache sich befindet.

Die Quellen drücken jene Substanzierungen mit ungefähr folgenden Worten gewöhnlich aus: . . . daz iz do sin were und noch sin sie, do iz ime abe gestolen und geroubet ward (so z. B. in den Magdeburger Rechtsquellen: Magdeburg-Görlitzer Recht Art. 47).[32])

I. An diese Ausdrucksweise vor allem knüpft sich ein Streit über das Klagefundament. Besonders Bruns[33]) hat behauptet, die Anefangsklage sei eine Eigentumsklage, und zwar im älteren wie jüngeren deutschen Recht. Diese Ansicht stützt er einmal darauf, daß petitorische Einreden zugelassen sind, d. h. Verteidigung des Beklagten mit der Behauptung von Rechten an der Sache, namentlich des Eigentums. Von den Einreden wird später noch die Rede sein; für die jetzige Frage ist ihr Charakter unerheblich, wie Bruns selbst einsieht.

Daß auch die Substanzierung der Klage durch die Behauptung des Eigentums geschehe, will er nun einerseits durch den Sprachgebrauch beweisen, da das Klagen des Klägers ebenso wie die Verteidigung des Beklagten mit der Einrede

[31]) Stobbe-Lehmann S. 194 u. a. m.

[32]) Gaupp, M. S. 287.

[33]) Bruns, Recht des Besitzes S. 285, 306ff.

des Eigentums, mit „vindicare“ usw. bezeichnet wäre, andererseits darin finden, daß der Eid des Klägers auf das Eigentum gestellt sei.[34])

Der erste Grund hat nicht viel Beweiskraft. Bezüglich des zweiten zieht Bruns für das ältere Recht eine Reihe von Quellenstellen heran, so besonders:

lex Rib. 33, 1 [35]): si quis rem suam cognoverit . . . iurit quod in propriam rem manum mittat.

lex Alam. cap. 90 [36]): si quis res suas invenerit . . .

leges Wallicae III 3, 39 [37]): animalis dominum nullum esse praeter se . . .

Auch für das Mittelalter bleibt Bruns [38]) bei seiner Ansicht. Hier stützt er sich auf den oben wiedergegebenen Satz, der sich auch im Schwabenspiegel, Ldr. 57, [39]) bayrisches Recht 38 [40]) und einer Anzahl Stadtrechte findet, indem er das „sein sei“ als allgemeine Eigentumsbehauptung auffaßt. Daß jeder Besitzer die Klage habe, leugnet Bruns [41]) infolgedessen auch, und die Fälle, in denen der Grundsatz „Hand wahre Hand“ — dessen Bestehen er als gegeben voraussetzt — zur Anwendung kommt, sucht er durch die Konstruktion eines Überganges des Vindikationsrechtes vom Eigentümer auf den Nichteigentümer zu erklären.

Dieser Darlegung von Bruns können wir uns nicht anschließen. Namentlich der zuletzt angeführte Notbehelf wider-

[34]) Bruns, Recht des Besitzes S. 302/03.

[35]) M. G. L. V S. 226.

[36]) M. G. L. III S. 77.

[37]) Wottonus, leg. Wall. S. 216.

[38]) Bruns, Recht des Besitzes S. 310.

[39]) Frhr. v. Laßberg S. 28.

[40]) Frhr. v. Freyberg S. 407/08.

[41]) Bruns, Recht des Besitzes S. 315.

spricht dem Geiste des deutschen Rechts vollkommen. Bruns ist überhaupt viel zu sehr in den romanistischen Anschauungen befangen, so daß er die im deutschen Recht herrschenden von jenen so verschiedenen Auffassungen zu wenig berücksichtigt.

Bruns hat daher auch Gegnerschaft gefunden, vor allem ist ihm Laband gegenübergetreten, der für das jüngere Recht den Standpunkt vertritt, daß keineswegs das Eigentum, sondern der diebliche Verlust das Klagfundament der Anefangsklage gewesen sei. Auf seine Ausführungen, die sich unserer Ansicht bereits sehr nähern, werden wir unten bei Widerlegung der Theorie von Bruns zurückkommen.[42])

II. Für das ältere Recht ist Hermann[43]) auf die Seite von Bruns getreten. Seine Theorie „Kläger stütze sich lediglich auf sein augenscheinliches Eigentum und ziehe eben deshalb den Inhaber zur Rechenschaft, weil es augenfällig sei" führt er in einem späteren Paragraphen näher aus. Er meint, die Richtigkeit seiner Behauptung ergebe sich vor allem daraus, daß durch Aufzeichnung der Eigentumsmarke auf die Fahrhabe das Eigentum publik werde, nur solches Eigentum müsse öffentlich respektiert werden, und nur durch den Nachweis des Eigentums vermittelst der Eigentumsmarke werde die Anefangsklage gestützt. Den Satz „Hand wahre Hand" leugnet Hermann für das alte Recht und gibt daher dem Eigentümer die Anefangsklage auch dann, wenn die Sache nicht ihm, sondern einem Dritten gestohlen ist.

---

[42]) Denselben Standpunkt vertritt auch Delbrück S. 71—74. Er stützt ihn auf die gleichen Momente wie Bruns. Seine Ansicht ist daher nicht besonders zu widerlegen. Für das jüngere Recht läßt er die Gewere Klaggrund sein; vgl. darüber noch ausführlich unten.

[43]) Hermann S. 25, 68.

Für das jüngere Recht schließt sich Hermann in seiner Ansicht über die Stütze der Fahrnisklage an Laband an, und behauptet demgemäß das nunmehrige Entstehen des Satzes „Hand wahre Hand".

III. Wir haben also bei ihm zunächst nur das ältere Recht zu besprechen. Gegen die Ansicht Hermanns ist einzuwenden, daß aus den Quellen sich nicht erweisen läßt, die Marken der Deutschen an Fahrhabe seien Eigentumsmarken gewesen. Ihre Bedeutung ist vielmehr, wie von Meyer[44]) des längeren nachgewiesen wird, die von Erkennungsmarken, vermittelst welcher der Gewereinhaber, dem die Sache abhanden kommt, dieselbe zu identifizieren vermag. Aber auch als das zur Anefangsklage notwendige Beweismittel kann die Marke nicht angesehen werden. Aus der von Hermann[45]) angezogenen deutschen Quelle der lex Rib. 72, 9[46]): „vestimenta seu his similia absque probabile signum intertiare prohibemus" läßt sich doch nicht mehr entnehmen, als daß, wenn sonst nicht möglich, durch ein probabile signum die Identität nachgewiesen werden soll.[47])

IV. Nun sind noch die Brunsschen Ausführungen zu widerlegen. Es ist das besonders von Laband durch Aufstellung seiner oben dargelegten Theorie geschehen.

---

[44]) Meyer S. 24.

[45]) Hermann S. 68.

[46]) M. G. L. V S. 261.

[47]) Betreffs des Versuches Hermanns (S. 48—50), für das fränkische Recht durch Übersetzung des Wortes filtortus, das in der Wendung suo filtorto intertiare in der Nov. zur lex Salica De rebus in alode patris vorkommt, bis hinauf zur lex Salica emendata (Überschrift von Titel 47) mit „Haus- resp. Eigentumsmarke" seine Ansicht als die richtige zu erweisen, vgl. die Widerlegung von Meyer S. 26.

Der Wortlaut der lex Salica 47,[48]) in der die Anefangsklage behandelt wird:

si quis servum . . . super alterum agnoverit,

und noch mehr der lex Rib. 33[49]):

si quis rem suam cognoverit . . . quod in propriam rem manum mittat.

Des Edictus Rothari 231[50]):

. . . qui eam suam dicat esse . . .

scheinen für die Brunssche Ansicht zu sprechen.

Allein bei genauerer Untersuchung ergibt sich, daß doch auch der diebliche Verlust Voraussetzung der Klage ist, denn bei allen schimmert bei der Frage nach dem Erwerbe der eventuelle Vorwurf des Diebstahls durch.[51]) So steht etwas weiter unten in dem zitierten Titel der lex Salica: mittat tres testes . . . istud si fecerit exuit de latricinio. In dem Edictus Rothari soll der Beklagte schwören quod consciens non sit fraudi. Ähnlich ist die Regelung in der lex Ribuaria: sie verlangt Nachweis des Erwerbes, und je nachdem muß der Beklagte die Buße (für den Diebstahl) zahlen oder nicht. Lex Rib. 33, 2; 33, 3.[52])

Die späteren Quellen lassen dies Fundament der Anefangsklage noch deutlicher erkennen. Hier erscheint neben dem „sein sei" stets noch der Verlust durch Diebstahl oder Raub. So, um nur ein Beispiel von vielen anzuführen:

Z. B. im Magdeburg-Breslauer systematischen Schöffenrecht c. 20.[53]): Wer seyn gewest und wer eme abe gerawbt adir gestolen.

[48]) Behrend, lex Salica S. 98 ff.

[49]) M. G. L. V S. 226 ff.

[50]) M. G. L. IV S. 57.

[51]) Meyer S. 28 ff.

[52]) M. G. L. V S. 226.

[53]) Laband, Schöffenrecht S. 191.

Ja es gibt sogar eine Anzahl Stellen, in denen lediglich von dem Beweis der letzteren Voraussetzung die Rede ist. Z. B. Prager Jura Theuton. § 23 [54]): si furtivus equus apud teutonicum fuerit recognitus ille, qui equum cognoscit prius iurabit rem amisisse furtive.

Statuten von Dortmund Nr. 39 [55]): qui dicit sibi illud ablatum per furtum vel rapinam.

Aus diesen Quellen im Verein mit den Brunsschen schließt nun Laband,[56]) daß der Schwerpunkt der Klage in der Behauptung des dieblichen oder raublichen Besitzverlustes liege.

V. Ein Grund ferner dafür, daß die Wendung „sein sei" nicht prinzipiell den Sinn haben kann, der Kläger sei Eigentümer, liegt darin, daß dann die Verfolgung einer gestohlenen Sache stets unmöglich wäre, wenn sie nicht dem Eigentümer selbst gestohlen ist; denn weder beim letzteren noch beim Bestohlenen treffen die beiden Voraussetzungen der Klage, das Eigentum und der Diebstahl, zu. Da nun aber entsprechend dem Grundsatz „Hand wahre Hand" nicht der Eigentümer, sondern der Bestohlene die Klage hat, so kann das „sein sei" hier nicht Eigentum bedeuten. Daß mit Anerkennung des in dieser Rechtsparömie enthaltenen Grundsatzes die Theorie von der Anefangsklage als Eigentumsklage fallen muß, sieht auch Hermann[56a]) ein, und deshalb leugnet er seine Geltung im älteren Recht und behauptet, der diebliche Verlust gehöre nicht immer zur Begründung der Ane-

---

[54]) Tzschoppe und Stenzel LXV S. 387.

[55]) Frensdorff S. 40.

[56]) Laband S. 109/10.

[56a]) Hermann S. 63.

fangsklage. Er sucht die Anefangbarkeit von res praestitae aus einer altenglischen Quelle zu erweisen:

Ine 35, 1.[57])

Hermann nimmt an, daß hier ein Treuhänder, der früher schon geschworen habe, die Sachen nicht besessen zu haben, später, als die Sache von einem Dritten geanefangt wurde, von diesem als Gewährsmann herbeigezogen werde. Es steht aber in der Stelle nichts davon, daß der jetzige Gewährsmann ein Treuhänder gewesen sei, und als solcher verklagt, sich frei geschworen habe. Diese Ansicht vertritt auch Meyer,[58]) der meint, das erstemal habe sich der Gewährsmann wohl von der Diebstahlsklage frei geschworen. Daher ist diese Quelle als Beweismittel für Hermann wertlos.

Ein anderes englisches Gesetz, welches Hermann anführt: leges Wallicae III, 3, 38,[59]) spricht jedoch den Grundsatz „Hand wahre Hand“ so klar aus, daß die Worte Hermanns[60]): von der „vorgefaßten Meinung“ seiner Gegner viel eher auf ihn selbst angewendet werden könnten.

Ebenso wird in den leges Liutprandi 130[61]) die Klage nicht dem Eigentümer erteilt, sondern dem Bestohlenen, „de cuius casam ipsas res rapuit aut furavit“.[62])

Auch Brunner[63]) weist die Geltung des Satzes im

[57]) Schmidt S. 21/22: Gif mon teo paem menn feoh ... Neuere Übersetzung von Liebermann S. 104: Wenn ein Wertstück auf denselben Mann zur Gewähr gezogen wird ...

[58]) Meyer S. 30.

[59]) Wottonus S. 215.

[60]) Hermann S. 84.

[61]) M.G.L. IV S. 464.

[62]) Stobbe-Lehmann S. 252.

[63]) Brunner S. 509.

älteren Recht nach. In neuester Zeit ist schließlich Schultze[64]) energisch dafür eingetreten.

Für die spätere Zeit steht dieser Rechtssatz ohnehin fest. Er findet sich besonders scharf ausgedrückt in der bekannten Stelle des Sachsenspiegels Ldr. II, 60[65]): Swilch man einen anderen lihet usw., sowie an vielen anderen Stellen.[66])

Das Sprichwort selbst steht in drei deutschen Quellen: Im Kap. 17 der 24 Fries. Landrechte,[67]) im Billwärder Landrecht Art. 69,[68]) in spezieller Form für Mobilien im revid. Lübecker Recht III, 2 Art. 1.[69])

Wir ersehen daraus, daß der diebliche oder raubliche Verlust stets — aber auch nur ein solcher — zur Begründung der Anefangsklage gehört. Damit ist die Eigentumstheorie, wenn wir sie so nennen dürfen, nunmehr in jedem Punkte widerlegt.[70])

VI. Es bedarf nun noch der positiven Erklärung, was unter dem „rem suam agnoscere, suam esse, daß das Gut sein sei usw.“, diesen Formeln, die so häufig neben den Worten vom dieblichen Verlust stehen, und von denen wir bisher nur zeigten, daß sie keine Eigentumsbehauptung darstellen, zu verstehen sei.

---

[64]) Schultze S. 5—9.

[65]) Weiske S. 81.

[66]) s. Stobbe-Lehmann S. 259 Anm. 25.

[67]) Frhr v. Richthofen S. 67 N. 17.

[68]) Lappenberg S. 341.

[69]) Mevius S. 514.

[70]) In einem späteren Buche, Die Besitzklagen . . ., scheint übrigens Bruns von seiner Meinung, betreffend Begründung der Fahrnisklage, wenigstens was das jüngere Recht betrifft, abgekommen zu sein. l. c. 233.

Laband[71]) in Verfolgung seiner Ansicht, daß der Klaggrund eigentlich nur der diebliche Verlust sei, behauptet, daß die Bedeutung dieser Worte in der Feststellung der Identität der geanefangten Sachen mit der abhanden gekommenen liege. Er legt deshalb in den oben angeführten Stellen der l. Salica usw. den Hauptwert auf das „agnoverit", „cognoverit" usw. Als besonderen Beweis führt er noch das Brünner Schöffenbuch Kap. 104[72]) an, in welchem allerdings jene Formel in seinem Sinne ausgelegt wird.

Diese Erklärung scheint mir jedoch nicht das Richtige zu treffen. Daß die geanefangte Sache dieselbe wie die abhanden gekommene sein muß, ist doch eine zu selbstverständliche Voraussetzung, als daß die Bedeutung jenes so häufig vorkommenden und hervorgehobenen Ausdrucks sich darin bereits erschöpfte. Schon Laband[73]) muß zugeben, daß diese Formel oft noch „das Moment hereinbringe, daß wenigstens der Kläger selbst sich ein Recht auf den Besitz zuschreibe, wenn es auch nicht zum eigentlichen Klagfundament gehöre".

Vgl. dazu die Worte der Freyberger Statuten 9[74]): daz daz selbe pfert sin were, e iz im abegeroubet wurde . . . und noch sin si mit mereme rechte denne anderes imandes.

Anders faßt Heusler[75]) die Bedeutung der Formel auf, die nach ihm auch zum Klaggrunde gehört. Seiner Ansicht nach ist damit jedes Herrschaftsrecht gemeint, welches sich in der Gewere verwirklicht.

---

[71]) Laband S. 112.

[72]) Rößler S. 55.

[73]) Laband S. 115.

[74]) Schott IX S. 189/90.

[75]) Heusler, J. II S. 210.

Am richigsten ist es wohl, für jene Worte auch im älteren Recht dieselbe Bedeutung anzunehmen, wie sie für das sächsische Recht des Mittelalters allgemein anerkannt ist und in den Quellen zutage tritt[76]): der Kläger sage damit: das ist die Sache, die ich früher in Geweren hatte, bis sie mir gestohlen wurde.

Das ganze deutsche Sachenrecht steht, wenn man das Bild gebrauchen darf, im Zeichen der Gewere. Sie ist, wie Gierke[77]) sagt, das Kleid des deutschen Sachenrechts. Und wenn auch die Gewere ihre volle Ausbildung erst in dieser Zeit erhalten hat, so ist ihre Gestalt doch schon in der alten Zeit vorhanden und im Rechtsverkehr und Rechtsleben bedeutsam;[78]) und die in ihrem Begriff enthaltenen und aus demselben sich ergebenden Rechtsgedanken sind nicht auf einmal plötzlich in Erscheinung getreten, sie lebten vielmehr schon im alten Rechte und bestimmten die Gestaltung desselben; nur traten sie nach außen in unvollkommener Weise hervor, entsprechend der damaligen Bildungs- und Kulturstufe. So ist auch das „suam agnoscere" usw. der alten Rechtsquellen als ein ungenauer Ausdruck für obige Wendung anzusehen, und der Unterschied zum späteren Recht bestand nur darin, daß der größere Wert beim Klagfundament früher auf den diebischen Verlust gelegt wurde, während sich in der Zeit der Rechtsbücher die frühere Gewere, die der Kläger zur Zeit des Verlustes gehabt hat, zum Hauptteil des Klaggrundes herausbildete.[79])

---

[76]) s. Huber in seiner Festschrift: Die Bedeutung der Gewere Hermann S. 74; Meyer S. 35; Stobbe-Lehmann S. 210; Gierke, Privatrecht S. 554, A. 9.

[77]) Gierke S. 2.

[78]) Huber S. 54 ff.

[79]) Huber S. 18.

§ 7.

b) Nähere Darlegung des Klaggrundes im Mittelalter.

I. Die Gewere und ihre Bedeutung bezüglich der Verfolgung der beweglichen Sachen.

II. Erörterung des Grundes für die besondere Gestaltung des deutschen Verfolgungsrechts.

III. Ausdehnung des Grundsatzes der unbedingten Verfolgbarkeit auf alle Fälle unfreiwilligen Verlustes.

Die nähere Darlegung des Klagfundaments in der Zeit der Rechtsbücher ist nunmehr unsere Aufgabe. Dabei wird im Mitttelpunkte der Erörterung natürlicherweise die Gewere stehen müssen; nur durch sie ist das Wesen der Fahrnisklage zu erkennen.

I. Der Streit über den Begriff der Gewere ist im allgemeinen heute beendet. Die Untersuchungen, begonnen durch das bahnbrechende Werk Albrechts, dürfen mit den Werken Heuslers und Hubers als abgeschlossen angesehen werden. Aufgegeben ist die durch Albrecht[80]) begonnene Verwechslung der Gewere mit dem materiellen Recht, so sehr, daß Schröder[81]) sogar kurzweg Gewere als Besitz definiert. Damit ist zwar der Hauptsache nach das Wesen der Gewere richtig getroffen, ganz genau ist dies jedoch insofern nicht, als ihr Begriff, wie dessen Identifizierung mit dem Begriff Eigentum scheiterte, so auch andererseits umfassender als das Wort Besitz ist, obwohl der heutige Besitzbegriff infolge seiner Ausdehnung und größeren Bedeutung als im römischen Recht als der Erbe der germanischen Gewere anzusehen ist.

[80]) Albrecht S. 125.

[81]) Schröder S. 702.

Gewere ist vielmehr das faktische Gewaltsverhältnis über eine Sache und der tatsächliche Ausdruck der Herrschaft und des in Anspruch genommenen dahinterstehenden Rechtes.[82]) Huber[83]) charakterisiert die Gewere folgendermaßen: „Sie erscheint nicht als das tatsächliche, bloße Innehaben, sondern als der Ausdruck eigenen Rechts; sie stellt unter Vorbehalt der Berichtigung die Ordnung der dinglichen Rechte dar; hinter ihr als der äußeren Form tritt die innere Gestalt des Rechts so lange zurück, bis sie sich bei einem Widerspruch als unberechtigter Schein erweist.“[84])

Aus diesem Begriffe der Gewere ergibt sich: jedes Recht, das eine Sache unmittelbar der Herrschaft einer Person unterwirft, erscheint nach außen in einer Gewere, und umgekehrt muß jeder Gewere ein Recht zugrunde liegen, das dem Berechtigten eine direkte Einwirkung auf die Sache gewährt. Diese Rechte können wir als dingliche bezeichnen; der Begriff ist derselbe wie im römischen Recht, aber ihr Umfang ist größer.[85]) Diese sinnlich wahrnehmbare Tatsache, genannt Gewere, in der die unsichtbaren dinglichen Rechte sich kundgeben und dadurch auch für jeden Laien einen festen Anhalt gewinnen, ist für das germanische Recht, das seiner Natur nach ein allgemein verständliches Volksrecht ist, das wichtigste.

Es fehlt letzterem daher die dem römischen Recht eigene Abstraktion der Rechtsbegriffe, die Anschauung, daß aus jedem derselben eine ihm eigentümliche Klage sich ergebe. Ausgangspunkt des germanischen Rechtssystems ist

---

[82]) Heusler, J. II S. 20.

[83]) Huber S. 15 u. 48.

[84]) Gierke S. 2.

[85]) Heusler, J. I S. 379.

vielmehr die Gewere. Hinter ihr treten die zugrunde liegenden Rechte zurück, aber doch nicht so, daß sie nun ganz verschwänden.

Die Gewere gibt die formelle Legitimatien zur Vertretung des Rechts an der Sache;[86]) Rechtsschutz genießt jedes dingliche Recht nur in Gestalt der Gewere, und für jede dingliche Klage muß eine Gewere den Klaggrund bilden; der Prozess ist ein Gewereprozess, aber jederzeit kann auf das Recht zurückgegriffen werden, um eine Gewere als materiell unbegründet nachzuweisen.

Von den Wirkungen der Gewere kommen für uns zwei in Betracht: es sind die, welche Huber[87]) Defensiv- und Offensivwirkung der Gewere genannt hat.

Wer eine Sache in seiner Gewere hat, für den spricht eine Vermutung, daß auch ein Recht hinter ihr stehe; sie zeigt sich darin, daß niemand pflichtig ist, „sie einem anderen ohne Recht und Urteil zu räumen.“[88]) Und im Prozeß wird auf Grund der gegenwärtigen Gewere das relativ bessere Recht des Gewereinhabers vermutet; Sachsenspiegel II, 36 § 3[89]): Her mûz es mit mêreme rechte behalten, jener der es in geweren hât den jener der ez geanevanget hât.

Soll nun eine Sache, die jemand in seiner Gewere hat, diesem abgenommen werden, so kann das nur geschehen, wenn dessen Gewere gebrochen wird; dies vermag der frühere

---

[86]) Albrecht S. 125.

[87]) Huber S. 10 u. 19.

[88]) z. B. Sachsensp. II, 24 § 1: man en sal nimanne ûz sînen geweren wîsen von gerichtes halben al sî her dâ mit unrechte ankommen, man inbreche sie imme mit rechter clage; Huber S. 8 ff.; Gierke S. 9.

[89]) Weiske S. 69.

Gewereinhaber, wenn er nachweist, daß diese gegenwärtige Gewere an einem Mangel leidet.[90])

Ein solcher Mangel liegt, falls die Sache infolge eines Gedinges aus der Gewere des Klägers gekommen ist, im Aufhören des Gedinges, das der Gewere des Kontrahenten zugrunde lag; falls aber die Sache durch Raub oder Diebstahl entzogen wurde, in diesem unfreiwilligen Verlust.

Daraus ergibt sich, daß der frühere Gewereinhaber gegen den Kontrahenten bezw. den Dieb seine Klage auf Rückgabe durchsetzen kann. Nun ist aber im letzteren Fall die Klage auch gegen jeden Dritten zulässig, der die Sache vom Dieb in seine Gewere bekommen hat, während, wenn die Sache von demjenigen aus, der sie infolge eines Gedinges in der Gewere hat, in die Hände eines Dritten gekommen ist, der Rückempfangsberechtigte gegen diesen Dritten nicht klagen kann.

II. Diese dem deutschen Recht eigentümliche Gestaltung des Verfolgungsrechts beweglicher Sachen zu erklären, sind eine Reihe von Versuchen gemacht worden. Es würde über den Rahmen der Arbeit hinausführen, sollten dieselben alle hier erörtert werden.[91])

Befriedigen können die meisten nicht, weder die Goldschmidts,[92]) der sagt, der Grund sei zu suchen in der geringen Würdigung der fahrenden Habe in jenen Zeiten, noch die Heuslers,[93]) welcher die Beschränkung der Verfolgbarkeit bei anvertrauten Sachen in der exekutivischen Natur

---

[90]) vgl. auch Stobbe-Lehmann S. 193/94.

[91]) s. die Zusammenstellung bei v. Gerber S. 168/69.

[92]) Goldschmidt S. 246 ff.

[93]) Heusler Festschr. S. 12 ff.

des germanischen Prozesses, ein andermal in dem ursprünglichen Charakter der Fahrnisklage als Deliktsklage sucht.[94])

Bedeutend besser scheint mir die von Huber[95]) aufgestellte, dann von H. Meyer[96]) ausgebaute, teilweise auch von Gierke[97]) vertretene Theorie zu sein, die sogen. Publizitätstheorie. Sie besagt, daß in der älteren wie in der jüngeren Zeit die Publizität des Mangels in der Gewere dessen, von dem der Dritte direkt oder indirekt die Sache erworben hatte, das Entscheidende gewesen sei.

Diese Publizität habe bei anvertrauten Mobilien für den Dritten nicht vorgelegen; denn das Gedinge, auf Grund dessen der Kontrahent die Sache habe, entbehre jeder Publizität; der Dritte müsse vielmehr in jenem, der ja die Sache in seiner Gewere habe, den wirklich Berechtigten sehen. Umgekehrt, so geht der Gedankengang weiter, ist diese Offenkundigkeit des Mangels bei einer gestohlenen oder geraubten Sache regelmäßig anzunehmen; denn bei den nachbarlichen Verhältnissen des Mittelalters wurde jeder Diebstahl oder Raub schnell allen Bewohnern in der Umgegend bekannt, so daß jeder, dem eine solche Sache zum Erwerb angeboten wurde, wußte und wissen konnte, daß sie entwendet und somit jener Mangel vorhanden sei. Wußte er es nicht, so war dies eine Fahrlässigkeit, für die es keinen Schutz gab; auf seinen guten Glauben wurde in keiner Richtung Rücksicht genommen, er mußte stets die Sache herausgeben. Im älteren Recht wurde diese Offenkundigkeit des

---

[94]) Heusler, J. II § 79.

[95]) Huber, Bedeutung der Gewere S. 11 u. 60 ff.

[96]) Meyer, Entwerung und Eigentum S. 2 ff.

[97]) Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 12 ff.; Deutsches Privatrecht S. 187 ff., S. 553 A. 3.

Mangels bei Raub und Diebstahl durch das Gerüfte bewirkt. Daher sind das ursprünglich die einzigen Fälle, bei denen die Anefangsklage gegen Dritte stattfand, gewesen. Aber auch bei diesen konnte in späterer Zeit bei den entwickelteren Verhältnissen des Mittelalters eine Publizität des vitium in Wirklichkeit meist nicht mehr vorhanden sein, weshalb dieselbe dann einfach präsumiert wurde.

In neuester Zeit ist diese Erklärung des Verfolgungsrechts abhanden gekommener Fahrnis von Schultze[98]) in einer Monographie angegriffen worden. Er untersucht zunächst die Grundlagen der Huber-Meyerschen Theorie ausführlich und bemängelt dieselben, wobei er insbesondere den Umstand, daß die Unkenntnis des vitium der abhanden gekommenen Sache eine fahrlässige bei dem Erwerber sei, an der Geschichte und rechtlichen Bedeutung des Marktkaufs, bei dem auch die Herausgabepflicht des Dritten ausnahmslos im Mittelalter gegolten habe, zu widerlegen sucht. Daraus schließt er dann, daß jene unbedingte Verfolgbarkeit nicht aus dem Publizitätsgedanken hergeleitet werden könne. Schultze findet als den tieferen Grund derselben die Anschauung, daß durch die Wegnahme der Sache aus der Gewere der Rechtsfrieden gebrochen werde und dieser Bruch auf jeden Fall geheilt werden müsse! Das geschehe aber stets am besten durch Herausgabe der Sache, gleichgültig, bei wem sie sei. Als Stützen seiner Ansicht führt Schultze insbesondere noch C. 38 des Berner Stadtrechts des 13. Jahrhunderts und C. 58 des Freiburger Stadtrodels an.

Eine eingehende Würdigung und Prüfung der Schultzeschen Ausführungen ist hier nicht möglich; manches ließe

---

[98]) Schultze S. 20ff., 36, 49, 56, 58, 59, 60.

sich auch dagegen geltend machen; es muß daher hier unentschieden bleiben, welcher von beiden Theorien der Vorzug zu geben ist.

III. Bis ziemlich tief ins Mittelalter blieb man bei Raub und Diebstahl als den alleinigen Fällen der absoluten Anefangbarkeit stehen. Davon zeugen z. B. folgende Quellen:

Freiburger Stadtrecht von 1120 A. 29[99]): Nemo rem sibi quoquomodo sublatam vendicare potest nisi juramento probaverit sibi furto vel preda ablatam.

Magdeburger Recht für Görlitz C. 47[100]): Sprichet ein man sin gut an . . . daz ime abe gestolen und geroubet sie.

Aber dies wurde nicht festgehalten, und zunächst finden sich Stellen, in denen der Anefang an verlorenen Sachen zugelassen wurde. Als Beispiel möge die Stelle der Magdeburger Fragen I, 13 dist. 1[101]) dienen: Unde spreche also das ym varnde habe adir das pferd abe geroubet adir gestolen were adir sust vorloren hätte.

Maßgebend war wohl dabei, daß der Finder, der verpflichtet war, den Fund kundbar zu machen, wenn er dies nicht tat, als Dieb behandelt wurde, wie überhaupt Unterschlagung als dieblich bezeichnet wurde.[102]) Vielfach wußte man wohl auch nicht, ob Diebstahl vorlag oder nicht.

Ferner gab man die Anefangsklage bei verwechselten Sachen. Ssp. III, 89.[103])

---

[99]) Altmann und Bernheim S. 213.

[100]) Gaupp, M. S. 287.

[101]) Behrend S. 129.

[102]) Huber S. 13 Anm. 21.

[103]) Weiske S. 130; weitere Einzelheiten s. bei Gierke, Privatrecht S. 554/55.

Ein fester Grundsatz war aber nicht geschaffen, dazu kam es erst, „als die Tendenz der Ausdehnung des Anefangs bewußt mit dem Satze Hand wahre Hand verglichen wurde".[104]) Dieser galt bei jeder freiwilligen Hingabe, wie sich aus dem Wortlaut des Sachsenspiegels L.R. II, 60[105]) ergibt. Damit stimmen auch die anderen Quellen, auf die für diesen Satz bereits verwiesen wurde, überein.[106])

Indem so in allen Fällen freiwilliger Hingabe die Klage gegen den Dritten nicht gewährt wurde, wurde andererseits das gegensätzliche Prinzip, das bei gestohlenen und geraubten Sachen bestand, so ausgedehnt und verallgemeinert, daß es bei allen Fällen des nicht freiwilligen Verlustes zugelassen wurde.

Z. B. Magdeburger Schöffenurteil Nr. 9[107]): unnd alsso an seynen willen unnd fulbord usz seyn gewere gekommen weren.

Das Resultat unserer Erörterungen ist also folgendes: Die Klage erfolgt auf der Grundlage der früheren Gewere in Verbindung mit dem unfreiwilligen Verlust der Sache.

Diese frühere Gewere, die der Kläger zur Zeit des unfreiwilligen Verlustes der Sache gehabt hat, ist das eigentliche Fundament der Klage.[108]) Nicht der Verlust als solcher

---

[104]) Meyer S. 51; Schultze S. 60. Daß diese Entwicklung nicht auf den Gegensatz von „duve" und „nicht duve" und die Ausdehnung des Begriffes „duve" zurückzuführen sei, hat Goldschmidt (S. 247ff.) nachgewiesen.

[105]) Weiske S. 81: zu swilcher wîs her die ûz sînen geweren lêt mit sîme willen . . .

[106]) Laband S. 79.

[107]) Walch S. 276.

[108]) Huber S. 18.

begründet die Klage, denn dies persönliche Moment ist „schwerlich geeignet, die dingliche Klage, die gegen jeden Inhaber der Gewere an der Sache geht, zu erklären". Es ist jedoch insofern ein notwendiges Glied, als nur durch den Nachweis des Verlustes der Sache infolge der Annahme eines daraus sich ergebenden vitiums die gegenwärtige Gewere des Beklagten gebrochen wird; der Kläger erlangt nun auf Grund seiner früheren Gewere die Herausgabe der Sache und kann dadurch dieselbe wieder herstellen.[109])

Aus der Entscheidung über die Art des Klaggrundes ergibt sich zugleich, wer aktiv legitimiert ist: es ist dies jeder, der die frühere Gewere gehabt hat und dem die Sache aus dieser abhanden gekommen ist. Gewere haben aber, wie oben gezeigt, alle, die eine Sache tatsächlich beherrschen, also können als Kläger auftreten: Eigentümer, Nießbraucher, Pächter, Mieter, Leiher usw.

§ 8.

3. Die Verteidigung des Beklagten.

Nunmehr wenden wir uns der Verteidigung des Beklagten zu. Dieselbe kann in verschiedener Richtung geführt werden. Als für unsere Zwecke unerheblich können wir zunächst diejenigen Einreden ausscheiden, welche sich bei Anstellung der

[109]) vgl. Stobbe-Lehmann S. 194; Albrecht S. 23ff. hat als Klaggrund eine juristische Gewere, die der frühere Inhaber noch habe, zu konstruieren versucht; nach unserer Darlegung ist dies überhaupt unmöglich, abgesehen davon, daß bei Mobilien, gemäß dem Wesen der Gewere, die bei ihnen sich in der körperlichen Herrschaft zeigt, nach Verlust der letzteren eine Gewere nicht mehr bestehen konnte. Damit stimmen auch die Quellen überein; vgl. z. B. Sachsensp. Ldr. II, 60.

Klage in der Form des Anefangs gegen die in dieser Klagart event. enthaltene Diebstahlsbeschuldigung richten. Die dahin gehörenden Einreden hat Laband[110]) ausführlich dargestellt.

An eigentlichen Einreden gegen die Klage selbst stehen dem Beklagten dreierlei zur Verfügung.

Zunächst kann er geltend machen, daß der Kläger die Sache freiwillig weggegeben habe. Gelingt ihm der Nachweis davon, so leidet seine Gewere an keinem Mangel, kann also vom Kläger nicht gebrochen werden, und der Beklagte ist neger to beholdene als der Kläger to winnende, wobei es gleichgültig ist, wie er die Sache in seine Gewere bekommen hat. Für diese Verteidigung gibt es eine Reihe Quellenstellen, z. B. Rewaler Cod. des Lübischen Rechts bei Hach S. 347 Anm. zu CXCIV.

Eine weitere Einrede ist die, daß der Beklagte sich darauf beruft, er habe die Sache zu einer früheren Zeit als der Kläger in seiner Gewere gehabt.

Recht von Wiener-Neustadt Kap. 41[111]): si ille probaverit hoc se diutius habuisse.

Ähnlich Bamberger Recht § 113[112]): Und daz der ander denn fur geit ez sey ein habs iar oder ein iar oder lenger oder kurtzer vor seyn gewesen . . . . da mugen sich dy Schepphen wol nach rihten.

Laband[113]) faßt dies so auf, daß der Beklagte nicht bloß seinen früheren, sondern auch bis zur Gegenwart unausgesetzten Besitz beweisen müsse, weil nicht der ältere Besitz entscheidend sei — denn nicht dieser, sondern unfreiwilliger

---

[110]) Laband S. 95, 119/20.

[111]) v. Würth S. 371.

[112]) Zöpfl S. 34/35.

[113]) Laband S. 122 ff.

Verlust der Sache sei Klaggrund —, weil demnach widerlegt werden müsse, „daß die Sache infolge eines solchen Verlustes seitens des Klägers in den Besitz des Beklagten gelangt sei".

Dieser Ansicht können wir nicht beitreten, zumal wir oben gesehen haben, daß die frühere Gewere, die der Kläger zur Zeit des Verlustes gehabt hat, den Hauptbestandteil des Klaggrundes bildet. Von einem unausgesetzten Besitz ist aber auch in den beiden Fällen gar nicht die Rede.[114]) Mir scheint es richtiger zu sein, die Worte so aufzufassen, daß der Beklagte damit behaupten wollte, er habe die Sache selbst zu einer früheren Zeit als der Kläger in seiner Gewere gehabt, aus der sie ihm dann abhanden gekommen sei. Damit würde der Mangel in seiner jetzigen wiederhergestellten Gewere entfallen und der Kläger daher mit seiner Klage nicht durchdringen.

Die dritte Art von Einreden finden wir im Sachsenspiegel Ldr. II, 36 §§ 3 und 5[115]) aufgeführt.

§ 3: spricht aber jene dâ wider, ab ez lachen ist, her hab es geworcht lâzen oder ab ez ein phert ist oder vihe, her hab ez in sîme stalle gezcogen . . .

§ 5: saget aber jene, ez sie ime gegebn oder her habe ez gekauft.

Der Beklagte kann also entweder originäres oder derivatives Eigentum anführen, in letzterem Fall muß er seinen Geweren benennen, und dieser übernimmt dann den Prozeß; von dessen Verteidigung hängt es dann ab, ob der Beklagte die Sache behalten kann oder nicht.

---

[114]) Die Worte: vel a puledro vel vitulo enutrisse in dem zit. Kap. des Rechts von Wiener-Neustadt sind keine genügende Stütze für Labands Ansicht.

[115]) Weiske S. 69/70.

Laband[116]) leugnet, daß in obigen Behauptungen eine Eigentumsbehauptung liege; er ist der Meinung, diese Einreden seien motivierte Verneinungen des Klagfundaments; „denn es würde das eine arge Inkongruenz sein, die Einreden auf eine ganz andere Basis zu stellen, die sich mit dem Klagfundament — unfreiwilligen Besitzverlust bei Laband — keineswegs deckt".

Dieser Anschauung tritt Bruns[117]) entgegen. In einem früheren Buche[118]) hatte er bereits durch ein reiches Quellenmaterial auch für das ältere Recht bewiesen, daß das deutsche Recht die Einrede des Eigentums zuläßt.

In dem neueren Werke führt er aus, die Einrede des Eigentums — daß es eine solche sei, ist für ihn nach dem klaren Wortlaut selbstverständlich — dem Beklagten zu geben, sei vollständig sachgemäß; denn sie richte sich gegen die materiell-widerrechtliche Aneignung, die das Klagfundament bildet. Wenn aber ein Eigentümer seine Sachen eigenmächtig dem Depositar usw. wieder abnehme, so sei das eine erlaubte Selbsthilfe, gegen die keine Klage auf Rückgabe helfen könne.

Ganz beizutreten ist dieser Ansicht auch nicht. Nach dem Resultate, zu dem wir oben bezüglich des Klaggrundes gekommen sind, löst sich auch die jetzige Frage einfach: Klaggrund ist die frühere Gewere, die der Kläger z. Z. des Verlustes gehabt hat; der Prozeß ist also ein Gewereprozeß, in dem das dingliche Recht, das der Gewere zugrunde liegt, prinzipiell zwar nicht in Erscheinung tritt, aber jederzeit zur Stütze einer Gewere herangezogen werden kann; der

[116]) Laband S. 119.

[117]) Bruns, Besitzklagen S. 232.

[118]) Bruns, Recht des Besitzes S. 286.

Verlust der Sache in dem Klagfundament bewirkt nun, wie wir oben sahen, daß die Gewere des Beklagten nicht mehr aufrechterhalten werden kann. Dagegen muß sich der Beklagte wehren können, und er tut dies, indem er durch Anführung seines Eigentums ein Recht dartut, das seiner Gewere zugrunde liegt. Kann dann der Beklagte bezw. sein Gewährsmann das Recht beweisen und dadurch seine Gewere als nicht mit einem Mangel behaftet zeigen, so schlägt er damit den Kläger.[119])

Darin ist übrigens schon ausgesprochen, daß das Eigentum keineswegs das einzige Recht ist, das dem Kläger entgegengesetzt werden kann; das hat auch Bruns[120]) gezeigt.

Hier sehen wir nun die Relativität des Schutzes, den die frühere Gewere genießt: Kann der Beklagte ein Recht für seine Gewere dartun, so erweist sich der klägerische Anspruch dagegen als schwächer.[121]) Es siegt also, wie wir heute bei § 1007 sagen, das bessere Besitzrecht.[122])

§ 9.

4. Rechtlicher Charakter der Klage.

I. Sie ist eine petitorische Klage.

II. Sie ist eine dingliche Klage.

Nunmehr haben wir den rechtlichen Charakter der Klage festzustellen.

---

[119]) Huber S. 18.

[120]) Bruns, Recht des Besitzes S. 290ff.; s. auch die bei Gierke, Privatrecht S. 556 A. 14 zitierten Quellen.

[121]) vgl. Gierke S. 71.

[122]) Pflüger S. 462 Nr. 9; vgl. auch Gierke, Privatrecht S. 555 A. 14.

I. Es erhebt sich zunächst die Frage, ob sie eine possessorische oder petitorische Klage ist.

Um das zu entscheiden, müssen wir zunächst darüber einig sein, was man mit diesem Namen bezeichnet.

Petitorisch ist eine Klage, welche die Regelung eines Rechts auf den Besitz bezweckt, possessorisch diejenige, welche die Regelung des Besitzes als solchen herbeiführen will. Das Ziel wird vielfach bei beiden Klagen dasselbe sein, nämlich Herausgabe der Sachen. Das eine Mal aber soll dadurch die rechtliche Herrschaft hergestellt werden, im zweiten Falle bloß die tatsächliche. Daraus ergibt sich, daß bei der zuerst genannten Art von Klagen die Entscheidung meist eine endgültige Regelung herbeiführt, während bei der anderen Gruppe es sich nur um eine vorläufige Ordnung handelt.

Diese Punkte müssen wir ins Auge fassen. Für das römische Recht mit seiner scharfen Trennung von Besitz und Eigentum zeigt sich der Gegensatz noch darin, daß eine possessorische Klage lediglich mit Besitz resp. Entziehung desselben begründet wird, und die Einreden ebenso sich nur dagegen wenden dürfen; eine petitorische Klage kann sich andererseits nur auf Recht gründen, und nur bei ihr werden Einwendungen aus einem Recht an der Sache zugelassen.

Das ist für das deutsche Recht ganz gleichgültig. Ein derartiger Gegensatz von Besitz und Eigentum ist ihm fremd. Das Sachenrecht wird von der Gewere beherrscht, dem faktischen äußeren Gewaltverhältnis, in welchem sich das dahintersteckende in Anspruch genommene Recht ausdrückt. Um die Gewere dreht sich der Prozeß. Es gibt also keinen Besitzschutz im deutschen Recht,[123]) nur einen Gewereschutz.

[123]) Die Schriftsteller, die den Mangel eines possessorischen Verfahrens vertreten, s. Stobbe-Lehmann S. 210 Anm. 14.

Indem aber das tatsächliche Verhältnis geschützt wird, wird zugleich in ihm das dingliche Recht selbst geschützt.[124]) Huber drückt dies folgendermaßen aus: „Anstatt den Besitzstand in der Gestalt einer vorläufigen Ordnung zu schützen, im übrigen aber das materielle Recht . . zur Grundlage der definitiven Entscheidungen . . zu nehmen, wurde der Besitzstand in der Gewere zur Form der materiellen Berechtigung selbst erhoben, und entschied man über das materielle Recht nach Maßgabe des Besitzstandes."

Die Entscheidung im Gewereprozeß war eine endgültige, es folgte nicht z. B. ein weiterer Eigentumsprozeß. Einen solchen reinen Prozeß auf Grund eines Rechtes hat das germanische Recht überhaupt nicht gekannt.

Die Fahrnisklage hat demnach einen petitorischen Charakter. Allerdings ist im deutschen Recht die Eigentümlichkeit vorhanden, daß diese petitorische Klage lediglich auf einem tatsächlichen Verhältnis basiert, insofern also, wenn wir den nicht ganz passenden römischen Ausdruck mit Bruns[125]) benützen dürfen, eine possessorische Grundlage hat. Wenn mit Bezug darauf Stobbe[126]) sagt: die Klage wirke wie eine possessorische, so ist das nicht richtig, denn in der Wirkung ist sie petitorisch. Sie regelt die Frage, wer die Sachen haben solle, endgültig, wie Stobbe[127]) auch weiter unten selbst bemerkt.

II. Ferner ist die Fahrnisklage aus der unfreiwillig verlorenen früheren Gewere eine dingliche Klage. Darüber

---

[124]) Stobbe-Lehmann S. 210; Huber S. 49.

[125]) Bruns, Besitzklagen S. 229.

[126]) Stobbe-Lehmann S. 210.

[127]) Stobbe S. 211.

herrschte jedoch stets große Uneinigkeit unter den Schriftstellern.

Dingliche Klage ist eine solche, die ein dingliches Recht zur Geltung bringen soll, das heißt ein solches, das eine Sache der unmittelbaren Herrschaft einer Person unterwirft.[128]) Delbrück[129]) und Bruns in seinem „Recht des Besitzes" sind der Ansicht, jenes sei eine dingliche Klage, weil der Klaggrund Eigentum sei. Da dies, wie wir oben sahen, falsch ist, so kann ihre Meinung hier nicht ins Gewicht fallen. Bruns[130]) hat dann später den Standpunkt Labands[131]) angenommen, der die Dinglichkeit der Klage leugnet, weil Klaggrund der Verlust der Sache wider Willen sei.

Darin hat Laband[132]) jedenfalls recht, daß die Klage nicht deshalb eine dingliche sei, weil sie gegen jedermann angestellt werden könne. Diese absolute Wirkung ist vielmehr erst eine Folge der Dinglichkeit.

Weiterhin führt er an,[133]) daß das deutsche Recht einen Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Klagen gar nicht gekannt habe, da es die Klagen nur nach der Leistung eingeteilt habe: clage um gut, clage um scult usw.

Von dem Vorhandensein dieses Unterschieds bezw. dessen Fehlen hängt allerdings die Entscheidung unserer Frage ab.

Gegen die Leugnung seines Vorhandenseins wendet sich besonders Heusler;[134]) er weist nach, daß die Klage auf

---

[128]) Dernburg, Preuß. Privatrecht § 37.

[130]) Delbrück S. 77.

[130]) Bruns, Besitzklagen S. 229.

[131]) Laband S. 53.

[132]) Laband S. 52.

[133]) Laband S. 7.

[134]) Heusler, J. I S. 387.

Gut die Fälle umfasse, in denen in fränkischer Zeit mit der Formel: „malo ordine possides“ geklagt sei; das sei geschehen:

„1. In all den zahlreichen Fällen, wo der Kläger behauptet, daß ihm die Sache gegen seinen Willen aus dem Besitze gekommen sei,

2. wenn der Kläger Rückgabe einer Sache verlangt, welche er selber zur Leihe usw. aushingegeben hat.“

„Diese Klagen um Gut“, fährt Heusler[135]) fort, „sind nun dingliche Klagen, weil sie auf einem dinglichen Rechtsgrunde beruhen“. Letzteren sieht er darin, daß der Kläger als Teil des Klagfundaments anführen müsse, daß die Sache sein sei, d. h. das jedesmalige Herrschaftsrecht, das sich in der Gewere verwirkliche, behaupten müsse. Diese Rechte seien aber als dingliche aufzufassen.[136])

Bis zu diesem Punkte können wir Heusler nicht folgen. In Übereinstimmung zwar mit ihm befinden wir uns darin, daß alle Rechte, welche der Gewere zugrunde liegen, dingliche sind[137]) — denn sie unterwerfen eine Sache unmittelbar der Herrschaft einer Person — alle, auch das Recht des Verwahrers, Leihers usw. Entgegentreten müssen wir ihm jedoch darin, daß die Behauptung dieser Rechte zum Klaggrund gehöre; denn wie wir oben zeigten, ist Klagfundament gerade nicht das betreffende Recht, sondern die frühere Gewere, die der Kläger beim Verluste hatte. In diesem Sinne ist jene Formel aufzufassen.

Trotzdem möchte ich die Klage als eine dingliche bezeichnen, und zwar aus folgender Erwägung: Klaggrund ist zwar nicht das Recht, sondern die Gewere; allein diese ist

---

[135]) Heusler, J. I S. 393/94.

[136]) Heusler, J. II S. 210.

[137]) Heusler, J. II S. 9.

der Ausdruck des dahintersteckenden Rechts; wie beim Ziel der Klage in der Form des Schutzes der Gewere der Schutz des dinglichen Rechts sich verbirgt, so verbirgt sich beim Fundament derselben die Geltendmachung des dinglichen Rechts lediglich in der Form der Behauptung der Gewere.

§ 10.

5. Das Moment des guten Glaubens und seine ersten Spuren bei der Fahrnisklage.

Hier ist noch darauf hinzuweisen, daß ein Moment, das in der heutigen Regelung in § 1007 eine große Bedeutung hat, noch vollständig fehlt: der Gesichtspunkt, bei der Regelung der Verfolgbarkeit der beweglichen Sachen den guten, bezw. schlechten Glauben des Bewerbers zu berücksichtigen.[138]) Bei unfreiwilligem Verlust der Sache wird einem dritten Erwerber keinerlei Schutz gewährt, auch wenn ihm bezüglich seines guten Glaubens keineswegs Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden konnte, was bei der späteren Schwierigkeit der Publizität des vitiums seiner Gewere wohl vielfach zutreffen mußte. Andererseits konnte der Eigentümer die Sache von einem Dritten, der dieselbe vom Vertrauensmann hatte, auch wenn er dabei schlechtgläubig gewesen war, z. B. sie gestohlen hatte, nicht herausverlangen. Nur insofern kam Unredlichkeit in Betracht, als der Beklagte, wenn er den Reinigungseid nicht schwur, noch den besonderen Nachteil hatte, Gewette und Buße zu verlieren. Wortformeln wie die im Richtsteig Landr. XIII, 2[139]) . . . „ich hebbe have gekoft

[138]) Heusler, J. II S. 214; Huber S. 14.

[139]) Homeyer S. 129.

rechtliken und redeliken“ bedeuten nur, daß der Beklagte nichts von der „Furtivität“ der Sache gewußt habe, nicht etwa, daß er sich auf gutgläubigen Erwerb berufe.[140])

Allmählich jedoch finden wir auch im deutschen Recht, namentlich in den Stadtrechten,[141]) aus Gründen des Verkehrsschutzes Änderungen in der Weise, daß einerseits der Grundsatz, der in dem Sprichworte Hand wahre Hand ausgedrückt wird, manchmal durchbrochen wird, andererseits zuweilen auch auf gestohlene und sonst abhandengekommene Sachen unter Berücksichtigung des guten Glaubens ausgedehnt wird. Zugunsten des Eigentümers kommt zunächst eine partikuläre Sonderbestimmung vor: Der Deponent kann die Sache, wenn sie vom Depositar veräußert bezw. bei demselben abhanden gekommen ist, auch einem Dritten abverlangen. Goslarer Statuten 82, 22—25.[142]) In den übrigen Quellen findet sich das nicht; nur das lübische Recht hat den gleichen Grundsatz.[143])

Ferner erhält der Eigentümer ein Lösungsrecht in den Fällen der grundsätzlich unstatthaften Verfolgung anvertrauter Sachen, indem die Vindikation zugelassen wird gegen Bezahlung des Preises, den der Dritte gegeben hat. Das kam jedoch fast nur im lübischen Rechte vor — so altes Lübisches Recht cod. II, 194[144]) — war daher ebenfalls ganz partikulär.

---

[140]) Meyer S. 294.

[141]) Heusler J. II S. 214.

[142]) Göschen S. 82; Meyer (S. 53) sucht allerdings die Stelle vermittelst der Behauptung der Ungenauigkeit des Ausdrucks mit den übrigen in Einklang zu bringen; vgl. jedoch damit Kern S. 37ff.

[143]) Stobbe-Lehmann S. 260 A. 28.

[144]) Hach S. 346; Beseler S. 338.

Demgegenüber stehen auch Änderungen zugunsten des Erwerbers, die aber allgemeinere Bedeutung haben. Einmal wurde dem Vindikant in manchen Fällen, in denen die Verfolgung an sich statthaft war, eine Lösungspflicht auferlegt.[145])

Ferner wurde das Recht, unfreiwillig verlorene, selbst gestohlene Sachen von jedem Dritten herauszuverlangen, beschränkt. Das galt in dem Falle, daß der Dritte die Sache auf offenem oder gemeinem Markte gutgläubig von Unbekannten gekauft hatte. Hier treffen wir zum ersten Male auf den Schutz des guten Glaubens.[146]) Derselbe kann von zweifacher Art sein. Entweder findet nur Herausgabe gegen Zahlung des Kaufpreises statt:

Stadtr. von Leobschütz von 1270 §§ 40—42;[147])

oder die Klage ist überhaupt unzulässig:

Stadtr. von Colmar von 1293 § 23;[148])

Brünner Schöffenbuch c. 57.[149])

Ähnlich entscheidet das Bamberger Recht[150]) beim Kauf „bey lichtem Tag“:

§ 76: . . . das er sie bey lichtem Tag gekaufft hab fur rechtuertigs gut, und nit west, das es gestolen . . .

Weiter bestimmt das Hamburger Stadtrecht von 1270 VII, 9 § 1,[151]) daß bei über See eingeführten Sachen der Er-

---

[145]) Goldschmidt S. 261; die Vorrechte der Juden als aus ihrem nationalen Rechte herrührend, gehören nicht hierher.

[146]) Ansätze dazu finden Stobbe-Lehmann (S. 257) in: Lex Vis. VII, 2, 8 und l. Baiw. IX, 7; vgl. Gierke, Privatrecht S. 557 und Anm. 23.

[147]) Gengler, CXCVIII S. 249.

[148]) Gaupp S. 118.

[149]) Rößler S. 30.

[150]) Zöpfl S. 24.

[151]) Lappenberg S. 41.

werber auch bei Ansprechen mit Raub oder Diebstahl „nager to beholdende“ ist.[151a]) Ebenso verhält es sich mit Sachen, die von auswärts in die Stadt gekommen und hier Jahr und Tag geblieben sind: Hamb. Stadtr. von 1270 VII, 9 § 2.[152])

Weiter kam man vor der Rezeption des römischen Rechts nicht. Klare und einheitliche Grundsätze betreffs des Einflusses des guten Glaubens wurden nicht ausgebildet. Wie die deutschen Stadt- und Partikularrechte sich in dieser Hinsicht weiter entwickelten, werden wir unten sehen.

C. Die Schicksale der deutschen Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorener Gewere und der in ihr ausgeprägten Anschauungen nach der Rezeption.

§ 11.

1. Übersicht.

Die bisherigen Ausführungen zeigten uns, daß die Hauptgrundlagen aus § 1007 im deutschen Recht liegen. Es ergab sich dies aus der Betrachtung der Natur der deutschen Fahrnisklage im Falle unfreiwilligen Verlustes und ihrer Entwicklung bis zum späten Mittelalter.

Hier setzt nun im 14. und 15. Jahrhundert die Rezeption des römischen Rechts ein. Obwohl prinzipiell das römisch-kanonische Recht nur als subsidiär gemeinrechtliches gelten sollte, gewann es doch in einem großen Teil Deutschlands in Wirklichkeit absolute Geltung. In den anderen Gebieten

[151a]) vgl. im alten R.: l. Vis. XI, 3, 1,: Transmarinus negotiatator usw.; M. G. leg. nat. G. I, 1: l. Vis. S. 404.

[152]) Lappenberg S. 41/42.

wurde es nur subsidiäre Rechtsquelle, das deutsche Recht als Partikularrecht galt in erster Linie, wurde jedoch unter dem Einfluß des fremden Rechtes vielfach verändert. In einzelnen Staaten Deutschlands wurde in neuerer Zeit schließlich das Recht für das betr. ganze Gebiet einheitlich kodifiziert. In diesen Gesetzgebungen erfolgte vielfach wieder ein Rückschlag gegenüber dem römischen Recht, indem die deutschrechtlichen Gedanken an Stelle der römischen in ihnen wieder aufgenommen wurden und sich so weiterhin erhielten.

So hat auch der uns hier interessierende deutsche Satz sehr verschiedene Schicksale gehabt, je nach dem Rechte, das in den einzelnen Gebieten galt. Wir werden daher zunächst untersuchen, ob der Rechtssatz sich im gemeinen Rechte behauptet hat, bezw. welche Spuren daselbst von ihm zu finden sind. Sodann werden wir das Weiterleben der deutschen Klage in den deutschen Partikularrechten und neueren Landesgesetzgebungen betrachten, wobei wir allerdings bei der großen Mannigfaltigkeit der ersteren weniger die einzelnen Rechte voneinander trennen, als vielmehr die Hauptgrundsätze im ganzen darlegen werden.

2. Das gemeine Recht.

§ 12.

a) Allgemeines.

Im Gebiete des römisch-gemeinen Rechtes wurde die deutsche Fahrnisklage als solche ganz verdrängt. Jetzt gab es eine strenge Scheidung zwischen petitorischen und possessorischen Klagen. Bei den ersteren gab es ferner keine Universalklage zur Wiedererlangung von Sachen wie im deutschen Recht. Mit dem Verschwinden des eigentümlichen In-

stituts der Gewere verschwindet auch die besondere Art des Schutzes des dinglichen Rechtes in der Form der tatsächlichen Herrschaft.[153])

Die Fahrnisklagen des deutschen Rechtes werden ersetzt insbesondere durch die rei vindicatio und actio publiciana in rem.

Nunmehr kann der Eigentümer mit der rei vindicatio in jedem Falle des Verlustes die Sache vom Dritten herausverlangen, muß aber zur Begründung sein Recht an der Sache nachweisen.

Dem Nichteigentümer stand die actio Publiciana zu Gebote, die infolge ihrer Loslösung von der Ersitzung den bonae fidei possessor gegen jeden schlechter Berechtigten schützte.

Unter den rezipierten petitorischen Klagen können wir also keine Spuren unserer deutschen Fahrnisklage finden, wenn auch tatsächlich manche Berührungspunkte in den beiderseitigen Grundsätzen vorhanden sind, so z. B. die unbedingte Vindizierbarkeit des res furtivae.

Wohl aber zeigen zwei andere Rechtsmittel des gemeinen Rechts in einer bestimmten Phase ihrer Entwicklung Anklänge an das deutsche und heutige Recht. Es ist dies einmal das possessorium ordinarium, das sich herleitet vom interdictum uti possidetis des römischen Rechtes, und die sogen. actio spolii des kanonisch-gemeinen Rechts, die man gewöhnlich als Nachfolgerin des interdictum unde vi bezeichnet.

Das Interdictum U.P. ist in seiner reinen römischen Gestalt in Deutschland nicht rezipiert. Bekanntlich ist überhaupt nicht das corpus iur. civ., so wie es Justinian in Italien hatte verkünden und einführen lassen, recipiert worden; denn einer-

---

[153]) Huber S. 70.

seits wurden nur diejenigen Teile aufgenommen, die Accursius in seiner glossa ordinaria bearbeitet hatte, andererseits hatte das römische Recht in Italien manche Veränderungen durch das zu hoher Blüte gelangte Recht der Langobarden und die kanonische Doktrin und Praxis erlitten.[154]) In der so umgeänderten Gestalt wurde es in Italien von den Kommentatoren Bartolus und Baldus gelehrt und in Deutschland rezipiert.

So hat auch das Interdictum U.P. in Italien eine Fortbildung erfahren. Ebenso ist die später sogen. actio spolii des kanonischen Rechts in Italien ausgebildet worden. Wir müssen daher, um ihre Gestalt in Deutschland nach der Rezeption betrachten zu können, von ihrer Entwicklung im italienischen Recht ausgehen.

§ 13.

b) Das possessorium ordinarium.

I. Die Fortbildung des interdictum uti possidetis in Italien.

II. Das Interdikt als possessorium ordinarium in Deutschland.

I. Das Interdiktum U.P. diente im justinianischen Recht bei Mobilien zur Erhaltung des Besitzes gegen Störung desselben. Es war eine possessorische Klage, basiert auf gegenwärtigem juristischen Besitz und Störung desselben durch den Beklagten; petitorische Einreden waren unzulässig, nur die exceptio vitiosae possessionis konnte geltend gemacht werden; Anfänge einer rekuperatorischen Wirkung waren bereits hier vorhanden.[155])

---

[154]) Schröder S. 770.

[155]) Dernburg, Pand. S. 44.

In der Zeit bis zur Einführung dieses Interdikts in Deutschland hat es nun in Italien eine Reihe Änderungen erlitten, deren Ergebnis wir in der Beschreibung der Klage durch Menochi vor uns sehen. Hier erscheint das Interdikt als Klage aus früherem Besitz. Diese Klage erklärt Delbrück[156]) für die dingliche Klage des deutschen Rechts aus älterem Besitz. Während die herrschende Meinung lediglich eine Weiterbildung der römischen Klage mit deutschen Einflüssen vermengt annimmt, stellt Delbrück[157]) die Meinung auf, die Grundlagen selbst lägen im deutschen Recht, die einzelnen Elemente seien „im römischen Gewand erschienen und gleichsam durch Hintertüren hereingeschlüpft".

Um diese Theorie Delbrücks beurteilen zu können, müssen wir zunächst Delbrücks Ansicht non der deutschen Klage näher ansehen. Oben ist dieselbe absichtlich unerörtert geblieben, da sie sich hier dem Rahmen unserer Aufgabe besser einfügt. Er sagt kurz ungefähr folgendes[158]): Die alte deutsche Klage sei eine Eigentumsklage gewesen; im Prozeß drehe sich der Kampf aber um die Frage, wem der Eid, das heißt das Beweisrecht gebühre; hier scheine die Gewere Klaggrund zu sein, hier verliere sich der Streit ums Eigentum in einem Streit ums bessere Recht, woraus sich auch der universale Charakter der Klage ergebe. Dabei stellt er drei Sätze über die Stärke der gegenseitigen Gewere auf, von denen der erste, uns hier berührende, lautet: Die ältere Gewere geht der jüngeren vor.[159]) Diesen Satz begründet er damit, daß der ältere Besitz der betreffenden Partei gewöhnlich das Eides-

[156]) Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts.

[157]) Delbrück S. 91.

[158]) Delbrück S. 73/74.

[159]) Delbrück S. 40.

recht im Prozeße gegeben habe. So sei die germanische Klage im Grunde eine solche aus älterem Besitz gewesen.

Eine nähere Widerlegung dieser Theorie Delbrücks zu geben ist hier nicht der Raum. Es genüge der Hinweis auf unsere eigene obige Darlegung. Aus ihr ersehen wir, daß — abgesehen von den anderen Punkten, auf die es hier weniger ankommt, die aber auch teilweise unrichtig sind — von einem Vorzug der älteren Gewere keine Rede sein kann; im Gegenteil spricht die Vermutung zugunsten der gegenwärtigen Gewere. Erst dadurch, daß diese durch das vitium des unfreiwilligen Verlustes gebrochen wird, kommt der Kläger auf Grund seiner früheren Gewere, die er zur Zeit des Verlustes hatte, zum Sieg. Die Verteilung des Eidrechts hat andere Gründe. Die von Delbrück angeführten Belege werden von Bruns[160]) widerlegt; hier davon nur die eine Bemerkung, daß oldere were in der Stelle Richtsteig Lehnrecht 29[161]) offenbar älteren gegenwärtigen Besitz bedeutet.

Auch wir sagten oben, daß der Klaggrund der deutschen Fahrnisklage bei unfreiwilligem Verlust die frühere Gewere sei — in Verbindung mit der Behauptung des Verlustes — allein in ganz anderem Sinn und aus ganz anderm Grunde, wie Delbrück dies tut. Die Delbrücksche Ansicht vom Vorzug der älteren Gewere basiert auf falschen Anschauungen; damit fällt aber auch seine ganze Theorie, die er daraufhin entwickelt.

Damit ist auch die Behauptung Delbrücks hinfällig, daß das possessorium ordinarium des gemeinen Rechts seine Grundlagen im alten deutschen Rechte habe.

---

[160]) Bruns, Älterer Besitz S. 27 ff.

[161]) König v. Koenigsthal S. 301, 302.

Delbrück findet das Weiterleben der deutschen Klage, wie er sie darstellt, in der Auffassung der civilis possessio im Gegensatz zu naturalis possessio,[162]) und den Besitzpräsumtionen der Glossatoren und späteren römischen Juristen beim Interdiktum U.P., sodann glaubt er, daß seine Auffassung besonders im kanonischen Recht eine gesetzliche Anerkennung gefunden habe.

Auch diesen Ansichten Delbrücks müssen wir in gewisser Hinsicht widersprechen.

Wohl sind die in der Entwicklung des Interdiktums U.P. vorkommenden Neuerungen bei ihrer Bildung zum Teil von deutschrechtlichen Elementen beeinflußt worden, allein die hauptsächliche Unterlage bildete doch das römische Recht. Die betreffenden Grundsätze sind im wesentlichen unabhängig vom germanischen Recht entstanden, und wenn auch, wie wir sehen werden, das possessorium ordinarium in einem Stadium seiner Entwicklung große Ähnlichkeit mit der von uns dargestellten deutschen Klage aufweist, so kann man zwar dafür deutsche Anschauungen als teilweise Ursache ansehen, aber nicht so weit gehen, die Klage als Fortsetzung jener deutschen zu erklären.

Über die Bedeutung des Gegensatzes von civilis und naturalis possessio gab es zwei Hauptmeinungen damals. Nach Bruns[163]) gehen beide davon aus, daß natürlicher Besitz nur derjenige sei, bei dem eine Person eine Sache „ganz unmittelbar . . . körperlich oder physisch detiniere". Jeder andere Besitz sei nur durch juristische Fiktion zu begründen und heißt daher „civilis possessio".[164]) Der Vertreter der

[162]) vgl. die Pandektenstellen bei Dernburg, Pand. I, 2 S. 15.

[163]) Bruns, Älterer Bes. S. 107ff.

[164]) Bruns a. a. O. S. 36.

einen Ansicht, Bassian, identifiziert nun diesen Unterschied mit dem „corpore und animo possidere“ und läßt daraus zwei verschiedene Arten von Besitz entstehen: eine possessio corpore seu naturalis und eine possessio animo seu civilis, die sowohl eine Person zusammen wie zwei verschiedene Personen getrennt haben können.

Etwas anders ist die zweite Theorie, die Azo's.[165]) Er betrachtet den Willen auch für wesentlich für die unmittelbare Innehabung und sagt daher, naturalis possessio habe der Eigentümer, der die Sache direkt selbst beherrsche; wenn er nun die Sache einer dinglich berechtigten Person übergäbe, so erhalte diese damit die naturalis possessio, während bei ihm selbst die civilis possessio zurückbliebe.[166])

Diese Auffassung führt Heusler[167]) auf die Einwirkung des Begriffes der Gewere an liegendem Gute zurück. Es komme darin die gleichzeitige Gewere des Eigentümers und Vasallen bezw. Erbzinsmannes zum Ausdruck. Solcher Civilbesitz, quae solo animo retinetur, wird schließlich jedem zugeschrieben, welcher von sich sagte, daß er den Besitz nicht freiwillig aufgegeben habe. Das gilt auch für bewegliche Sachen. In dieser Regelung erblickt Delbrück[168]) das Hineintragen und Fortbestehen der sogen. juristischen Gewere, die besonders demjenigen beigelegt wurde, der unfreiwillig von einem Grundstück dejiziert war. Damit dürfte er wohl

---

[165]) Heusler, Gewere S. 300.

[166]) Meischeider S. 127.

[167]) Heusler, Gewere S. 299.

[168]) Delbrück S. 105, 110; a. M. Bruns a. a. O. S. 52, welcher sagt, daß nur in einzelnen Fällen der Dejektion Civilbesitz zurückgeblieben sei.

im Gegensatz zu Bruns[169]) recht haben, der den germanischen Ideen nur sehr wenig Einfluß zugeben will, den inneren Zusammenhang aber als mit dem römischen Recht „dem favor retinendae possessionis“ vorhanden erklärt.

Die Folge jener Auffassungen vom Civilbesitz ist eine Erweiterung der Zulassung des Interdikts, da man in den Fällen, wo Civilbesitz zurückblieb, nun lediglich eine Störung des Besitzes annahm.

In Verbindung damit treten nun weiter die im 12. Jahrhundert aufkommenden Besitzpräsumtionen. Ausgebildet sind die wichtigsten bereits von Placentinus. Die für uns in Betracht kommenden sind folgende: die eine Präsumtion ist die vom älteren Besitz auf den gegenwärtigen; dazu gesellt sich eine zweite vom älteren Besitz auf die Fehlerhaftigkeit des jetzigen, des Naturalbesitzes. Daraus ergibt sich der Vorzug des älteren Besitzes.[170])

Hierin sieht Delbrück[171]) die Fortwirkung seines angeblich germanischen Satzes vom Vorzug der älteren Gewere, indem unter dem neuen Begriff der possessio des römischen Rechts die Gewere „unerkannt ihre Herrschaft fortgesetzt habe“.

Jene Bevorzugung der älteren Gewere hat es nun freilich, wie wir oben gesehen, im deutschen Recht gar nicht gegeben; dagegen scheint Heuslers[172]) Erklärung jener Präsumtionen wohl richtig zu sein: In der damaligen Zeit sei der Beweis gegenwärtigen Besitzes sehr schwierig gewesen, namentlich wenn beide Parteien Besitzhandlungen behaupteten; des-

[169]) Heusler, Gewere S. 315, 316; Bruns a. a. O. S. 38.

[170]) Bruns, Älterer Bes. S. 57.

[171]) Delbrück S. 101.

[172]) Heusler a. a. O. S. 309 f.

halb habe man nach dem früheren Besitz gefragt und den gegenwärtigen daraus vermutet; das sei dann regelmäßig geschehen, ohne daß der Beweis des gegenwärtigen Besitzes überhaupt noch unternommen wurde. Das komme von der deutschen Praxis, welche zunächst gefragt habe, wer die hebbende Gewere habe und, wenn beide sie behaupteten, wer die ältere habe. — Die erste Frage wird nun von den Italienern übersprungen, und so gewinnt der ältere Besitz die Präsumtion, daß er der gegenwärtige sei.[173]) Daraus folgte dann die weitere, daß der Besitz, welcher nicht als gegenwärtiger betrachtet wurde, fehlerhaft sei.

Daraus ergibt sich, daß wenn auch deutsche Rechtsübungen mitwirkten, doch der eigentliche Gedanke der Präsumtion erst in der italienischen Praxis aufkam.

Delbrück wollte ferner diesen Gedanken und damit auch die deutsche petitorische Klage in dem canon Licet causam des Papstes Innocenz III.[174]) finden. Da wir Delbrücks Theorie als nicht deutschrechtlich überhaupt zurückwiesen, können wir uns hier beschränken, das Resultat der Brunsschen[175]) Widerlegung wiederzugeben. Er zeigt, daß daselbst der ältere Besitz nur älteren gegenwärtigen Besitz bedeutet und dies nur deshalb untersucht wird, weil beide Parteien Besitzhandlungen behaupten.[176]) Es ist der gleiche Grundsatz, wie er im analogen Falle in einem Vorverfahren im deutschen Recht zur Anwendung gelangte; vgl. die bereits

---

[173]) Heusler a. a. O. S. 311.

[174]) c. 9. X. de probat. 2, 19.

[175]) Bruns a. a. O. S. 60ff., 74ff.

[176]) vgl. auch dazu Widerlegung Delbrücks in Förster-Eccius III S. 114 Anm. 11.

oben erwähnte Stelle im Richtsteig Lehenrechts,[177]) wo die oldere were die gleiche Bedeutung hat. Jene Präsumtion ist also in diesem canon noch nicht enthalten.

Auch gegen die weitere Behauptung Delbrücks, die in diesem canon behandelte Klage sei eine petitorische, weil ein Titel vorgebracht werde, wendet sich Bruns, indem er darlegt, daß der Titel daselbst nur als ein Beweismittel des Besitzes gebraucht sei, nicht als Klagfundament, die Klage demnach noch eine possessorische sei. — Unten werden wir auf diesen Punkt noch einmal zurückkommen.

Sehen wir nunmehr, wie die Rechtsanschauungen vom Civilbesitz und den Präsumtionen auf die Gestaltung des Interdikts einwirkten.

Sie gestatteten anscheinend, die Grundsätze des klassisch-römischen Rechts beizubehalten, während in Wahrheit die Natur des Interdikts dadurch eine ganz andere wurde.[178]) Wer nämlich den Besitz unfreiwillig verloren hatte, konnte nun auch das Interdikt benutzen, dabei brauchte der Kläger dann nur seinen älteren Besitz zu erweisen; es wurde nun die Dejektion infolge des zurückgebliebenen Civilbesitzes nur als Störung angesehen, andererseits wurde infolge jener Präsumtion der jüngere Besitz des Beklagten als fehlerhaft erachtet. So konnte der Kläger mittels des Nachweises früheren Besitzes das Klagfundament des Interdikts dartun.[179]) Daher sagt auch Bartolus: „Licet sit retinendae possessionis, tamen aliquando in consequentia est recuperandae.“ Ferner stellten Bartolus und ebenso die späteren bis Menochi den Satz auf, daß bei gleichaltem Besitz diejenige

[177]) v. Koenigsthal S. 302.

[178]) Delbrück S. 116.

[179]) Delbrück S. 124.

Partei siege, welche einen Titel für denselben nachweisen könne.[180])

Hinsichtlich der Verteidigung des Beklagten war es natürlich, daß er zunächst zweierlei vorbringen konnte, was sich gegen den Klaggrund als solchen richtete[181]): Er konnte freiwillige Besitzaufgabe des Klägers sowie einen Titel zum Besitz anführen und dadurch die Präsumtionen widerlegen; mit letzterem Vorbringen allerdings nur in den Fällen, wo die Klage bzgl. Dritter auf nicht titulierte beschränkt war. Sodann wird ferner die Einrede des Eigentums zugelassen, durch dessen Nachweis Kläger geschlagen wird.[182]) So erscheint bei Menochi,[183]) der die Ergebnisse der Entwicklung in Italien zusammengefaßt hat, das Interdikt tatsächlich in der Gestalt einer rekuperatorischen Klage aus früherem Besitz bei unfreiwilligem Verlust der Sache, wenn auch, wie Bruns[184]) zeigt, formell die Präsumtionen den materiellen Klaggrund des Interdikts nicht berühren, sondern nur die Beweislast ändern. So sagt Menochi kurz: Si unus probat possessionem esse antiquiorem illa, obtinebit (zit. bei Delbrück S. 150).

Diese Klage trug aber neben ihrem hauptsächlich possessorischen Charakter auch einzelne petitorische Züge. Abgesehen von der Zulassung petitorischer Einreden, wird außer der allerdings abgelehnten Vermutung vom Besitz auf das Eigentum die Vermutung vom Besitz auf den Titel

---

[180]) Meischeider S. 172.

[181]) Bruns, Älterer Besitz S. 70ff.; Delbrück S. 130ff.

[182]) So Delbrück S. 133 nach Menochi; dagegen Bruns, Älterer Besitz S. 71.

[183]) Delbrück S. 130.

[184]) Bruns, Älterer Besitz S. 73.

des Besitzes aufgestellt, welche dann allgemeine Geltung erlangt.[185]) Hierin zeigt sich deutlich, daß weniger der frühere Besitz als solcher jetzt noch Schutz erhält, als vielmehr wegen des ihm zugrunde liegenden Rechts.

Wir sehen also schon in dieser Phase neben manchen Unterschieden eine starke Ähnlichkeit mit der von uns behandelten deutschen Klage; auch wenn die eine nicht als Fortsetzung der anderen zu bezeichnen ist, haben beide doch eine Reihe gemeinsamer Züge.

II. In dieser Ausbildung, wie die Italiener sie dem Interdikt gegeben haben, gelangt dasselbe nach Deutschland. Das weist Delbrück[186]) durch eine Reihe Quellenstellen nach. Ja man geht sogar noch teilweise weiter. Die Lehre vom Civilbesitz, deren Anwendungsgebiet in der italienischen Lehre noch bestritten war, erlangte, wie selbst Bruns[187]) zugibt, in ihrer größten Ausdehnung Anerkennung. Man nimmt daher Fortdauer des Civilbesitzes bei jeder Art von Dejektion an. Dabei hat wohl ein direkter Einfluß der deutschen Gewere stattgefunden, die man bei der Rezeption durch den römischen Besitz ersetzte. Wenn Bruns[188]) dabei aber meint, man habe den petitorischen Charakter der Gewere verkannt und daher auch noch an der possessorischen Natur des Interdikts festgehalten, so genügt ein Hinweis auf Frider, daß dem nicht so war.[189]) In der neuen Gestalt wurde das Interdikt nunmehr possessorium ordinarium genannt.

---

[185]) Bruns, Älterer Besitz S. 57; Bruns a. a. O. S. 62.

[186]) Delbrück S. 134 ff.

[187]) Bruns, Älterer Besitz S. 86.

[188]) Bruns a. a. O. S. 87.

[189]) Delbrück S. 136.

Im 18. Jahrh. ändern sich nun die Grundlagen der Klage wieder, man verlor das Bewußtsein der alten dogmatischen Begründung der Klage, stellte die praktischen Resultate für sich hin und suchte nach neuen Erklärungen. Dazu beigetragen haben mag auch das Bestreben der französch-holländischen Schule, welche in der Verfolgung ihres Strebens, auf das reine römische Recht zurückzugehen, im possessorium ordinarium nur das reine römische Interdikt angewandt wissen wollte, und daher darauf hinwies, daß der Vorzug des älteren Besitzes sich nicht, wie die Italiener es taten, auf das römische Recht stützen lasse.[190])

Die neue Grundlage fand sich in dem bereits oben erwähnten c. Licet Causam 9 X. de probat. II, 19. Man nahm an, der Papst habe hier ein neues Rechtsmittel geschaffen, das von dem römischen Recht verschieden sei. Während man das possessorium summariissimum als das Interdikt U. P. betrachtete, erklärte man nunmehr das possessorium ordinarium für eine eigentliche rekuperatorische Klage, deren Klagfundament der frühere Besitz sei. Man übersah aber auch die Präsumtionen und setzte so an die Stelle des älteren Besitzes kurzweg den ehemaligen Besitz. Und außerdem stellte man noch als weiteres Erfordernis der Klage einen Titel zum Besitz fest, indem man den canon licet, worin, wie wir oben sahen, jener Titel nur pro coloranda possessione, als Beweismittel gebraucht war, falsch verstand. Die Hauptvertreter dieser Lehre sind Leyser,[191]) Estor u. Hommel.

So wurde das possessorium ordinarium zu einem rein

---

[190]) Delbrück S. 136 ff.

[191]) vgl. bei Meischeider S. 159 das von Leyser einmal angeführte Urteil der Helmstädter Juristenfakultät.

petitorischen Rechtsmittel, welches sich auf das bessere Recht zum Besitze stützte.[192]) Zu dieser Zeit war also ein Anspruch auf Wiedererlangung des Besitzes d. h. Herausgabe der Sache begründet[193]):

Wenn man den Besitz, den man mittelst eines Titels erworben hatte, unfreiwillig verloren hatte,[194]) und zwar für jeden Inhaber der Sache, nicht bloß den juristischen Besitzer, und gegen jeden Inhaber, auch den gutgläubigen; der Beklagte konnte die freiwillige Aufgabe des Besitzes und petitorische Einreden, insbes. Eigentum geltend machen.

In dem Resultate dieser Ausbildung sehen wir somit, wie wir wohl nicht näher auszuführen haben, zwar nicht die deutsche dingliche Klage Delbrücks — denn die gab es nicht — wohl aber eine große Ähnlichkeit mit unserer petitorischen Klage aus unfreiwillig verlorener früherer Gewere ebenso wie mit der heutigen Klage aus § 1007.

Die so gestaltete Klage blieb aber nicht lange bestehen. Nach Boehmer, der bereits gegen diese Verwirrungen aufgetreten war, war es vor allem v. Savigny, der für das reine römische Recht eintrat und es erreichte, daß das poss. ordinarium entsprechend dem Interdiktum U.P.wieder zu einem reinen possessorischen Rechtsmittel wurde. Diese Stellung behielt es auch gegenüber dem Versuche Delbrücks — diesem schloß sich übrigens nur Ziebarth[195]) an — ihm die alte Ausdehnung wiederzugeben.

---

[192]) Dernburg, Pr. Pr. S. 353.

[193]) Windscheid-Kipp § 162 a.

[194]) Huber S. 70; Stobbe-Lehmann S. 225.

[195]) Ziebarth in „Realexekution und Obligation".

§ 14.

c) Die actio spolii.

I. In Italien.

II. In Deutschland.

I. Neben dem Interdiktum U.P. ist es die kanonische actio spolii, welche zu einer gewissen Zeit den Charakter einer Klage aus früherem Besitz hat und somit ähnliche Rechtsgedanken aufweist, wie wir sie als der oben behandelten deutschen Fahrnisklage eigentümlich fanden, und wie sie in unserer heutigen Klage aus § 1007 zum Ausdruck gekommen sind.

Betrachten wir zunächst ihre Entwicklung.

Die Condictio ex canone redintegranda, wie die Klage eigentlich heißt, hat ihren Ursprung in der zuerst in der pseudoisidorischen Sammlung vorkommenden exceptio spolii.[196])

Die Stellen von Pseudo-Isidor, vor allem der canon redintegranda, wurden dann von Gratian in sein Dekretum aufgenommen. Die exceptio bedeutet, daß den gewaltsam entsetzten Bischöfen eine Einrede gegen eine Kriminalanklage gegeben wurde, des Inhalts, daß der Bischof sich auf die Anklage nicht einzulassen brauchte, bevor ihm nicht durch die Kirchengewalt das Entrissene wieder verschafft war.[197])

Mit dieser Einrede ist stets von selbst ein kirchliches Klagrecht verbunden, das aber noch ganz unselbständig ist, vielmehr durch die Kriminalanklage und die Vorbringung der exceptio bedingt war.[198]) Allmählich löste sich, wie sich in den Schriften der älteren Kanonisten zeigt,[198a]) die Abhängig-

[196]) Bruns, Recht des Besitzes S. 132 ff.

[197]) Dernburg P. S. 48.

[198]) Bruns a. a. O.; a. Ans. Gärtner S. 47.

[198a]) Maaßen S. 231 ff.

keit der Klage von der Einrede. Zunächst hatte man für die Klage auf die gewöhnlichen Rechtsmittel des römischen Rechts insbesondere auf die possessorischen Interdikte verwiesen. Diese konnten aber oft nicht mehr für die Restitution in natura genügen, wenn die Sache in dritte Hände gelangt war. Ferner gab man die Klage nicht nur den Bischöfen, sondern jeder persona ecclesiastica. Dazu kamen noch andere Gründe, die wir hier übergehen können.[199]) So kam die kanonische Theorie dazu, „die verschiedenen nach römischem Recht möglichen Klagen in Aufhebung ihrer Unterschiede zu einem selbständigen kanonischen Rechtsmittel zu verschmelzen". [200])

Die Stütze derselben war c. 3 C. III q. 1. Nach den allgemein gehaltenen Worten desselben war man in der Lage, der Klage eine solche Ausdehnung zu geben, wie man sie für wünschenswert hielt. Kläger ist jeder auf irgendwelche unrechte Weise exspoliierter Kleriker; Klaggrund ist der Besitz und die Spoliation; Klagziel Zurückerlangung der verloren gegangenen Sache und Beklagter jeder Besitzer.[201]) In dieser Zeit entstand auch der Name der Klage: condictio ex canone (nach Analogie der condictio ex lege, l. un. D. 13,2; Maaßen S. 239).

Dies theoretisch begründete Rechtsmittel der Kanonisten fand aber keine gesetzliche Anerkennung. Papst Innocenz III. gab eine Klage in dem Canon Saepe contingit[202]) nur für den Fall der Spoliation durch Gewalt und ließ dieselbe gegen den 3. Besitzer nur zu, wenn er „Spolii conscius" war.

[199]) Maaßen S. 332.

[200]) Maaßen S. 239.

[201]) Stobbe-Lehman S. 241; vgl. Maaßen S. 241 usw.

[202]) c. 18 X de Rest. Spol. II, 13.

Wie diese Bestimmungen mit der vorhandenen condictio zu vereinigen seien, ist sehr streitig. Jedenfalls ist die Ansicht Delbrücks,[203]) daß der canon Saepe vor der Ausbildung jener condictio erlassen sei, nicht richtig.[204]) Man wird es sich vielleicht so erklären können, daß der Papst, obgleich er zwar das remedium ex can. Red. mangels genügender Grundlage nicht anerkannte, doch das Bedürfnis fühlte, das römische interdictum unde vi entsprechend den Anschauungen der Zeit auszudehnen.

Beinahe gleichzeitig erließ Friedrich II. für sein sizilianisches Reich ein Gesetz,[205]) in welchem die Klage auch gegen den gutgläubigen dritten Besitzer gegeben wurde.

Obgleich nun aber mittelst des canon Saepe eine Klage mit fester gesetzlicher Stütze vorhanden war und auch noch nachher Innocenz IV. in seinem Kommentar zu den Dekretalen jene Klage dadurch bekämpfte, daß er sie gegen jeden dritten Besitzer verwarf,[206]) war die condictio ex can. Red. doch so wenig zu beseitigen, daß vielmehr dieselbe gegenüber der Klage aus dem canon Saepe im 14. und 15. Jahrhundert zu fast unbestrittener Herrschaft gelangte, auch was ihre Zulässigkeit gegen den gutgläubigen dritten Besitzer anlangt.[207])

Jetzt begann auch die Anschauung aufzukommen, die condictio in ihrer Anwendung auf die Laien auszudehnen, eine Änderung, die bald allgemein wurde.[208])

---

[203]) Delbrück S. 155.

[204]) Maaßen S. 243.

[205]) Constitut. Regni Sic. I, 26.

[206]) Meischeider S. 146—148. Delbrück (S. 159) verteidigt allerdings die gegenteilige Ansicht: Innocenz habe die Klage der Sache nach begünstigt, nur dem Namen nach verworfen. Doch dürfte er durch Meischeider (S. 147) widerlegt sein.

[207]) Bruns, Recht d. Besitzes S. 225.

[208]) Bruns a. a. O. S. 227.

Auf Grund von einigen Sätzen Innocenz' IV. in seinem Kommentar bei dem can. l. 18 D. rest. spol. spricht zuerst Calderini es aus, daß ein Beweis der Spoliation nicht nötig sei, sondern der des früheren Besitzes genüge, woraus dann die Fehlerhaftigkeit des gegenwärtigen Besitzes des Beklagten präsumiert werde.

Diese Meinung wird durch Theorie und Praxis allgemein angenommen.[209]) Schließlich wird die Klage aus dem can. von vielen auch bei Detention zugelassen.[210]) Daß die Klage auch bei Fahrnis gegeben wurde, ist bereits oben erwähnt.

Was die Zulässigkeit von Einreden anbetrifft, so herrscht darüber viel Streit. Doch kann man als überwiegende Meinung folgendes bezeichnen[211]): Gegen die Vermutung des Vitium im Besitz des Beklagten mußte man die Einrede des redlichen Erwerbs, nämlich des Titels und der bona fides gestatten; die Wirkung war verschieden, je nachdem die betreffenden Schriftsteller die Klage nur gegen den dritten spolii conscius oder gegen jeden Besitzer überhaupt gaben. Nach einigen dringt der redliche jüngere Besitz auch im letzteren Falle gegen die antiquior possessio des Klägers durch.[212])

Ferner konnte der Beklagte den Kläger schlagen durch den Nachweis, daß derselbe den Besitz suo facto et culpa, also insbesondere freiwillig verloren habe.[213])

Schließlich war auch die exceptio dominii zulässig, doch kamen hier mannigfache Variationen vor.[214])

[209]) Bruns a. a. O. S. 228—30.

[210]) Bruns, Besitzkl. S. 227.

[211]) Bruns, Recht d. Bes. S. 232.

[212]) Meischeider S. 176.

[213]) Delbrück S. 164.

[214]) Meischeider S. 177.

II. In dieser Ausdehnung kam das Rechtsmittel nach Deutschland und herrschte hier in der Gerichtspraxis wie bei der überwiegenden Zahl der Theoretiker bis ins 18. Jahrhundert, wenn auch in Einzelheiten manches bestritten war.

Es stellte sich dar als eine petitorische Klage aus älterem Besitz bei unfreiwilligem Verlust von Sachen. Der Beweis des letzteren Moments wurde aber vom Kläger nicht verlangt. Die Klage ging gegen jeden gegenwärtigen Besitzer auf Herausgabe der Sache, dem Beklagten standen petitorische Einreden zu, manchmal kamen auch petitorische Elemente beim Kläger vor, es wurde aus dem Besitz der Titel präsumiert, manchmal auch die Darlegung desselben, d. h. des Rechts zum Besitz vom Kläger verlangt.

Es ist somit aus der ursprünglich rein possessorischen Klage allmählich immer mehr eine petitorische geworden, bei der lediglich der Klaggrund noch hauptsächlich possessorischen Charakter zeigt. Es wird also auch hier im Besitz das Recht zum Besitz geschützt. Die Klage zeigt in dieser Form große Ähnlichkeit mit der deutschrechtlichen Fahrnisklage bei unfreiwilligem Verlust von Sachen. Die Grundzüge sind, wenn wir für Gewere Besitz sagen, im wesentlichen die gleichen, außer einem: der Vermutung aus dem älteren Besitz für die Fehlerhaftigkeit des jüngeren und dem daraus sich ergebenden Nichterscheinen der Spoliation im Klaggrunde. Dies ist ein nicht zu unterschätzender Unterschied. Eine solche Präsumtion war, wie schon oben gezeigt, dem deutschen Rechte ganz fremd. Sie erscheint als neues Element in Italien. Mögen daher auch im allgemeinen deutschrechtliche Auffassungen, insbesondere das Institut der Gewere,[215]) vielleicht sogar die

[215]) Wohl auch durch Vermittelung des interdictum U.P.; Heusler, Gewere S. 320 ff.; Stobbe-Lehmann S. 241, 4; Heusler, Gewere

Fahrnisklage selbst, von Einfluß gewesen sein — und wir dürfen das angesichts der teilweise vorkommenden gleichen Punkte wohl als sicher annehmen, wenn auch ein positiver Nachweis im einzelnen nicht zu führen ist —, als die Fortsetzung der alten Klage, als „die dingliche Klage des deutschen Rechts aus älterem Besitz" können wir sie nicht bezeichnen, wie Delbrück[216]) es tut, aus dem gleichen Grunde, wie wir beim possessorium ordinarium bereits gezeigt.

Betrachten wir noch kurz die weiteren Schicksale der Klage. Ganz ohne Widerspruch war die Klage bei ihrer mangelhaften gesetzlichen Grundlage nie gewesen.

Derselbe konnte aber im 16. und 17. Jahrhundert gegenüber dem praktischen Bedürfnis, welches jene Klage in Deutschland nicht entbehren konnte, keine Wirkung ausüben.[217]) Mit der Konsolidierung des Rechtszustandes beschränkte man auch den Umfang der actio spolii, und während Leyser noch den alten Charakter verteidigt, ist bei Böhmer bereits die Vermutung aus der antiquior possessio und die Zulässigkeit der Klage gegen den dritten redlichen Besitzer beseitigt.[218]) Savigny wollte überhaupt die Spolienklage ausscheiden und wieder das reine interdictum unde vi angewendet wissen, da er im can. Red. nur eine Einrede sah. Dies erreichte er auch im wesentlichen.[219])

Damit war im gemeinen Recht auch die zweite petitorische Klage aus früherem Besitz wieder beseitigt.

S. 318 ff.; Bruns, Bes.-Kl. S. 223. A. Ans. Gärtner S. 17 ff., der aber wohl darin etwas zu einseitig ist.

[216]) Delbrück S. 147 ff.

[217]) Meischeider S. 168.

[218]) Bruns, Recht des Besitzes S. 395/96.

[219]) Bruns a. a. O. S. 417—19.

§ 15.

3. Die deutschen Partikularrechte, insbesondere der Städte.

In denjenigen Partikular- besonders Stadtrechten, die dem Ansturm des römischen Rechts widerstanden und die Bedeutung desselben über die einer wirklich subsidiären Rechtsquelle nicht hatten hinauskommen lassen, erhielten sich die deutschen Gedanken bei der Fahrnisklage im wesentlichen. Zuweilen waren sie auch schon vor der Rezeption eigene Wege gegangen, welche sie dann nachher weiter verfolgten. So finden wir dann bei diesen ganz eigentümliche Regelungen; vgl. das unten erwähnte lübische Recht.

Manche Rechte blieben auch nach der Rezeption von den Gedanken des römischen Rechts nicht unberührt, es fiel infolgedessen die von einigen eingeführte Beschränkung der Verfolgbarkeit der res furtivae wieder weg.[220]) Besonders wird nunmehr unter dem Einfluß römisch-kanonischer Anschauungen — man denke z. B. an den kanonischen Satz omne quod non est ex fide peccatum est[221]) — der gute Glaube des Besitzers resp. Erwerbers berücksichtigt. Im allgemeinen ist man bestrebt, die Vindikation zugunsten des gutgläubigen Dritten zu beschränken. Meist wird dies in der Weise gemacht, daß die alte Regel „Hand wahre Hand“ in der Form des Schutzes des guten Glaubens weiter erscheint.[222])

Einige Rechte halten auch fernerhin den Unterschied zwischen unfreiwilligem Verlust und freiwilligem fest und

---

[220]) Meyer S. 297.

[221]) Goldschmidt S. 265.

[222]) Gengler S. 208; v. Gerber S. 169.

lassen nur bei ersterem die Klage gegen Dritte zu. Dies sehen wir z. B. im jus culmense ex ultima revisione III, 5, 1.[223])

Andererseits sehen wir auch hier römischen Einfluß: Die Klage gegen den dritten Besitzer ist zulässig, wenn er bösgläubig war: jus culm. ex ult. rev. IV, 2, 3.[224])

Die Beschränkung beim Kauf auf offenem Markt wird öfters auf öffentlichen Erwerb überhaupt ausgedehnt. Dabei wird dann regelmäßig neben das germanische Wort „Palam publice" usw. das römische „bona fide" gestellt.[225])

Im Anschluß an die bereits oben erwähnte Besonderheit des lübischen Rechts finden wir im revidierten lübischen Recht III, 2 Art. 2 [226]) den Satz „Hand wahre Hand" so weit abgeschwächt, daß die Vindikation vom Dritten gegen Zahlung des Erwerbspreises gestattet ist. Geraubte und gestohlene Sachen sind auch dann stets vindizierbar, wenn gutgläubig oder auf dem offenen Markt gekauft ist: rer. lüb. R. IV, 1 Art. 6, Art. 9.[227]) Andererseits wird in IV, 1 Art. 3 [227a]) die Klage auf Herausgabe der gestohlenen Sache gegen denjenigen nicht gewährt, der seinen eigenen guten Glauben und den seiner zwei Vorderleute beweisen kann. Kann das der Besitzer nicht, so dringt der Verlierer mit seiner Klage, die er auf frühere Gewere stützt, aus der ihm die Sache „unwissend" gekommen sei, durch.

Für uns besonders interessant sind die Bestimmungen des Hamburger Rechts. Aus Teil IV Art. 35 [228]) ergibt sich,

---

[223]) Leman S. 215.

[224]) Leman S. 239.

[225]) Franken Bd. 1 S. 306 und die dort angeführten Quellen.

[226]) Mevius S. 516.

[227]) Mevius S. 664, 667.

[227a]) Mevius S. 663.

[228]) Wulff S. 227.

daß bei gestohlenen und geraubten Sachen auch bei gutem Titel unbedingtes Verfolgungsrecht besteht.

Die wichtigsten Stellen sind aber II, 2, 7 und II, 4, 2. In ersterem heißt es[229]): „Welcher Mann dem andern leiht sein Pferd . . . und auf wasserley weise er das aus seinen Wehren lässet mit seinem Willen, und verkaufft es derjenige, der es in seinen Wehren hat . . . oder wird es ihm abgeraubet oder abgestohlen, so macht derjenige, der es erstlich verliehen . . . hat, darauf wider den Einhaber desselben, woferne derjenige solches mit gutem Titul an sich gebracht, keine Forderung haben, sondern muß sich deswegen an denselben welchem er es geliehen hat . . . halten.

Hierbei bemerkt Gries[230]) in seinem Kommentar zum Hamburger Stadtrecht, daß in dem Erfordernis des guten Titels des Beklagten auch das des guten Glaubens enthalten sei. Darin schließt sich ihm Beseler[231]) an.

Dazu nun Teil II, 4 Art. 2[232]): so wollen wir, daß . . . der Gläubiger die verpfändeten beweglichen Güter von den Personen, die sie mit gutem Glauben und richtiger Ankunft (d. h. justo titulo nach Gries[233])) erlanget, wiederum aufzufordern nicht befugt sein solle.

Die Verpfändung ist offenbar nur als ein besonderer Fall der freiwilligen Besitzaufgabe zu verstehen.

Es sollen also gestohlene und geraubte Sachen stets vindizierbar sein, ohne Rücksicht auf Glauben und Titel, während die anvertrauten Sachen von dem gutgläubigen und

---

[229]) Wulff S. 109.

[230]) Gries S. 214.

[231]) Beseler S. 339 Anm. 12.

[232]) Wulff S. 144.

[233]) Gries S. 215.

titulierten Besitzerwerber nicht herausverlangt werden können. Klingt das nicht fast genau wie eine Angabe der Hauptmerkmale des § 1007? Lediglich der Titel fehlt in dem jetzigen Rechte. Allein das ist nur ein kleiner Unterschied, denn wie kann heute in den meisten Fällen der Kläger die Bösgläubigkeit des andern resp. der Beklagte seine Gutgläubigkeit anders stützen und beweisen als durch Aufdeckung und Angabe des Erwerbstitels?

§ 16.

4. Die neueren Kodifikationen.

Auch in den neueren Kodifikationen sehen wir die deutschrechtlichen Prinzipien fortgesetzt, allerdings ebenfalls vielfach von römischen durchsetzt.

I. Das bayrische Landrecht vom Jahre 1756 schützt das bessere Recht zum Besitze in II, 2 § 9 [234]): Der frühere rechtmäßige Besitzer einer unfreiwillig verlorenen Sache hat eine petitorische Klage auf Herausgabe der Sachen gegen jeden, der nicht ein gleiches oder besseres Recht geltend machen kann. Die Rechtmäßigkeit beim früheren Besitz ist dabei nur als probabilis opinio tituli aufzufassen.[235]) Später wurde jedoch rechtmäßig für tituliert genommen und dadurch die deutsche Auffassung verdrängt, so daß die Klage nunmehr stark an die actio publiciana erinnert.[236])

II. Das allgemeine Landrecht für die preuß. Staaten von 1794 hat zunächst als obersten Satz die rei vindicatio aufgenommen: I, 15, 1; daneben hat es den Lösungsanspruch

[234]) vgl. Frhr. v. Kreittmayr S. 236—242.

[235]) Frhr. v. Kreittmayr S. 239.

[236]) Delbrück S. 240.

des redlichen entgeltlichen Erwerbers aus dem lübischen Recht: I, 15 § 125. In einer Reihe von Fällen (I, 15 §§ 42—47), die meist denen des deutschen Rechts entsprechen, ist die Verfolgung überhaupt unzulässig; zu diesen gehört auch die in § 1007 enthaltene Bestimmung, daß Geld und Inhaberpapiere vom redlichen Besitzer nicht herausverlangt werden können.[237])

Daneben hat das Landrecht im Anschluß an das von deutschen Anschauungen beeinflußte possessorium ordinarium in der Form, die es im gemeinen Rechte auf der Höhe seiner Ausbildung angenommen hatte, eine Klage ausgebildet, durch die es allgemein das bessere Recht zum Besitz schützt. Man pflegt sie als die preuß. Besitzrechtsklage zu bezeichnen.

Im allgemeinen charakterisiert sie sich als petitorische Klage aus früherem redlichen Besitz mit dem Nachweis, daß der Gegner ein schlechteres Recht zum Besitz hat: A.L.R. I, 7 § 161.

Kläger kann sein jeder, der die Sache rechtmäßig, d. h. gutgläubig in seinen Besitz oder Innehabung gebracht hat.[238]) Die Rechtmäßigkeit und Redlichkeit des früheren Besitzes wird vermutet; sie braucht also prinzipiell nicht nachgewiesen zu werden: I, 7 § 179.

Den 2. Teil des Klagfundamentes, das bessere Recht zum Besitz bezw. das schlechtere des Beklagten, kann der Kläger auf verschiedene Weise darlegen:

Entweder er weist die Bösgläubigkeit des Beklagten nach.[239]) Dann erscheint der letztere als minderberechtigt: I, 7 § 178. In diesem Falle können auch anvertraute Sachen von einem Dritten herausverlangt werden. Die deutsche

---

[237]) A.L.R. verlangt übrigens dabei entgeltlichen Erwerb.

[238]) Dernburg, Preuß. Privatrecht S. 608.

[239]) vgl. dazu I, 7, § 15 und I, 7, § 11.

Regel Hand wahre Hand ist somit hier mit der römischen bona fides verschmolzen.

Oder der Kläger legt dar, daß ihm die Sache durch Gewalt, List oder Betrug entnommen worden ist, I, 7 § 184. Allgemeiner drückt dies I, 15 § 34 aus: danach genügt jedes Abhandenkommen ohne Willen, dadurch schwindet die Präsumtion von I, 7, 179 für den Beklagten, und dieser muß demgegenüber seinen Besitztitel angeben. Wenn er das nicht tut, so gilt er als unredlicher Besitzer und unterliegt (I, 7 § 186; I, 15 § 37).

Ist aber der Besitz des Beklagten ein redlicher, so kann der Kläger nur dann siegen, wenn er sein eigenes Recht zum Besitz nachweist und dieses ein stärkeres als das des Beklagten ist. Dafür hat das allgem. Landrecht eine „Stufenreihe" aufgestellt, wie Förster-Eccius[240]) es nennt, die vom Inhaber anfangend bis zum Eigentümer hinaufgeht. Nur in dem Fall, daß beide Titel auf denselben auctor zurückführen, siegt der Kläger, wenn er, ohne den älteren Titel des anderen zu kennen, den Besitz zuerst erhalten hat (A.L.R. I, 10 § 23).[241])

Der Beklagte kann zu seiner Verteidigung geltend machen, daß der frühere Besitz des Klägers ein unredlicher war, oder er kann sein besseres Recht zum Besitze darlegen.[242])

Diese Ausführungen genügen für unseren Zweck, das Wesen dieser Klage des A.L.R. zu erkennen.

Auch hier ist Delbrücks[243]) Ansicht, sie sei die dingliche Klage des deutschen Rechts aus früherem Besitz, zurückzuweisen, denn letzteres Moment allein genügt nicht zur

---

[240]) Förster-Eccius S. 116.

[241]) Dernburg, Preuß. Privatrecht S. 610.

[242]) Dernburg, Preuß. Privatrecht S. 610.

[243]) Delbrück S. 232.

Fundierung der Klage, abgesehen von den bereits oben dargelegten Gegengründen.[244])

Die landrechtliche Klage stellt vielmehr eine Mischung dar, und zwar in stärkerem Maße aus dem deutschen Recht — Moment der Relativität, Klagbegründung bei Verlust, jedem Inhaber zustehend usw. — und daneben aus dem römischen Recht: Einfluß der bona fides bei Kläger und Beklagten usw.

III. Betrachten wir nun noch den code civil, so finden wir hier das reine deutsche Recht fast ganz durchgeführt.

Sedes materiae sind die Art. 2279 und 2280. Aus ihnen ergibt sich, daß freiwillig weggegebene Mobilien — auch durch Betrug, Irrtum usw. entzogene — nie bei einem Dritten vindiziert werden können.[245]) Andererseits kann jeder frühere Besitzer gestohlene und verlorene Sachen innerhalb dreier Jahre von jedem gegenwärtigen Besitzer herausverlangen; wenn letzterer sie jedoch durch öffentliche Versteigerung, auf dem Markt oder vom Kaufmann erworben hat, nur gegen Einlösung. Die einzige Anlehnung ans römische Recht zeigt sich in der Forderung der herrschenden Doktrin, daß der Besitzer anvertrauter Sachen dieselben redlich erworben haben müsse, um gegen Vindikation geschützt zu sein.[246])

§ 17.

Schluß des ersten Teils und Vergleich des heutigen Anspruchs mit der deutschen Klage.

Damit sind wir beim modernen Rechte angelangt. Die Regelung, die in diesem erfolgt ist, beruht wie die Denk-

[244]) vgl. besond. gegen Delbrück Förster-Eccius S. 114 ff.

[245]) Goldschmidt S. 285.

[246]) Stobbe-Lehmann S. 270.

schrift[247]) sagt, auf dem preußischen und französischen Recht; in diesen sahen wir aber neben römischen Gedanken vor allem das Fortleben der alten deutschen Anschauungen. Letztere sind in § 1007 besonders stark zum Ausdruck gekommen, sie prägen dem Paragraphen den Charakter auf. Diese haben wir daher in besonders ausführlichen Untersuchungen klarlegen müssen; indem wir dann deren Zusammenhang durch die Jahrhunderte hindurch mit unserem heutigen Recht gezeigt, haben wir nunmehr die historischen Grundlagen des § 1007 erschöpfend dargetan.

Zum Schlusse dieses Teils möge als Beweis unserer Ansicht von den Grundlagen des § 1007 eine Gegenüberstellung des letzteren Anspruchs und der deutschen Klage erfolgen.

Wie bei der alten Klage die frühere Gewere die Hauptgrundlage bildete, so ist es auch bei dem heutigen Anspruch das jener entsprechende Moment: der frühere Besitz. Gerade in bezug auf § 1007 decken sich diese beiden Begriffe Gewere und Besitz in wichtigen Punkten: Auch heute wird durch § 1007 in dem früheren Besitz nicht dieser lediglich als solcher geschützt, sondern eigentlicher Zweck ist, wie damals, im Besitz als der äußeren Form, die ihm zugrunde liegenden Rechte zu schützen, ohne daß dieselben in der Klage hervortreten. Wir können also wie bei der Gewere sagen: Der Besitz in § 1007 ist die Erscheinungsform der betreffenden Rechte. Auch hier kann der Verpflichtete sein Recht zum Besitz entgegenhalten. Dann wird der an und für sich Berechtigte im Prozeß unterliegen, da gegenüber dem geltendgemachten Rechte die äußere Form eines nur vermuteten Rechtes weichen muß: Also wie im deutschen Rechte haben

[247]) Denkschr. z. Entw. eines B.G.B. S. 139.

auch wir nur einen relativ dinglichen Schutz: Es soll das bessere Besitzrecht siegen. Ein Unterschied liegt dabei nur darin, daß die deutsche Klage eine endgültige Regelung stets herbeiführte, während das heute nicht der Fall zu sein braucht.

Wie bei der deutschen Klage Kläger jeder frühere Gewereinhaber war, so steht auch heute der Anspruch jedem Besitzer zu: Besitzer ist aber ebenso jeder, der die tatsächliche Herrschaft einer Sache hat; es haben somit in § 1007 die heute nur persönlich zum Besitz Berechtigten den gleichen dinglichen Rechtsschutz wie im deutschen Recht, in welchem sie als dinglich Berechtigte angesehen werden.

Ferner sind die Personen der Verpflichteten dieselben. Dabei ist jedoch ein Unterschied vorhanden: Durch die Einführung des Begriffs des mittelbaren Besitzes im heutigen Recht hat derjenige, der eine Sache freiwillig weggibt, auch dann den Anspruch, wenn die Sache seinem Vertrauensmann abhanden kommt, also in Fällen, wo die deutsche Fahrnisklage versagt war. Ferner geht heute der Anspruch auch gegen den mittelbaren Besitzer.

Auch der Grund der auf § 1007 zu stützenden Klage ist der gleiche: heute wie in jener Zeit nur der unfreiwillig verlorene Besitz. Jedoch ist auch hier ein Unterschied vorhanden: Infolge des aus dem römisch-kanonischen Rechte übernommenen Begriffs des guten Glaubens muß bei dem heutigen Anspruch der frühere Besitzer gutgläubig beim Besitzerwerb gewesen sein. Das tritt jedoch bei der positiven Klagbegründung nicht hervor. Infolge der Übernahme jenes Moments haben wir heute ferner außer der alten eine zweite Möglichkeit der Klagbegründung, welche in Abs. 1 des § 1007 geregelt ist.

Die Verteidigungsmittel im Prozeß entsprechen in der Hauptsache einander ebenfalls: Entgegenhalten eines Rechts zum Besitz, freiwillige Aufgabe desselben oder früherer Verlust der Sache beim Beklagten. Aus der Berücksichtigung des guten Glaubens ergibt sich jedoch auch hier ein Unterschied: Der Beklagte kann auch lediglich durch Nachweis des bösen Glaubens des Klägers denselben abwehren.

Diese Unterschiede, die wir eben zwischen den beiden Rechten hervorgehoben haben, besonders aus der Einführung des guten Glaubens herrührend, lassen jedoch die Grundzüge des Anspruchs unverändert, wie sich ohne weitere Auseinandersetzung ergeben dürfte. Somit hat der oben am Schluß des § 4 angeführte Gierkesche Satz, der den gleichen Gedanken ausspricht, sich als zutreffend erwiesen.

Zweiter Teil.

Das geltende Recht.

§ 18.

I. Übersicht.

Wenn wir nunmehr uns zur Darstellung des Herausgabeanspruchs nach dem geltenden Recht wenden, so müssen wir dazu außer der allgemeinen Darlegung des Anspruchs nach Inhalt und Charakter, welche schon oben bei der Beurteilung der historischen Grundlagen erfolgte, noch den Anspruch im einzelnen einer eingehenden und genauen Betrachtung unterziehen.

Dabei ist vorauszuschicken, daß wir nicht dem Brauche der meisten Juristen folgen und den Anspruch in Form der Klage mit den Personen des Klägers und Beklagten, mit Klagfundament und Einreden behandeln werden. Vielmehr werden wir dem Beispiele Fischers[248]) gemäß, dessen Verdienst es ist, ganz besonders auf die Notwendigkeit der Trennung von Privatrecht und Prozeß bei der Erläuterung unseres modernen Rechtssystems hingewiesen zu haben, den § 1007 in seiner reinen privatrechtlichen Bedeutung erörtern und nur da, wo es notwendig ist und zur völligen Erschöpfung

[248]) Fischer S. 64—107.

unserer Aufgabe gehört, in Beachtung der zwischen Privatrecht und Prozeß bestehenden Wechselbeziehungen auf die Geltendmachung unseres privatrechtlichen Anspruchs im Prozeß eingehen. Wir werden somit im folgenden darstellen, wer Anspruchsberechtigter und wer Anspruchsverpflichteter ist. Wir werden im weiteren von Anspruchsvoraussetzungen, Anspruchsentstehungshinderungsgründen und Gegenrechten sprechen. Der Unterschied in der Bedeutung der Ausdrücke „Anspruchsvoraussetzung“ und „Anspruchsentstehungshinderungsgrund“ zeigt sich, sobald wir uns in den Prozeß versetzt denken. Anspruchsvoraussetzungen sind solche zur Entstehung notwendigen Umstände, welche der Kläger mindestens vorbringen muß, damit seine Klage gehörig begründet sei; Anspruchsentstehungshinderungsgründe sind solche Umstände, deren Nichtvorhandensein zwar gleichfalls zur Entstehung des Anspruchs notwendig ist, deren Fehlen aber der Kläger nicht anzuführen und zu beweisen braucht, deren prozessuale Geltendmachung — als sogen. „Einwendung“ oder Einrede im Sinne der Civilprozeßordnung — und Nachweisung vielmehr umgekehrt dem Beklagten überlassen bleibt. Privatrechtlich betrachtet haben demnach Anspruchsvoraussetzungen und Anspruchsentstehungshinderungsgründe gleichen Charakter und gleiches Gewicht: der privatrechtliche Anspruch auf Herausgabe kann nur entstehen, wenn alle ersteren vorhanden sind, alle letzteren fehlen. Trotzdem ist diese Einteilung der Anspruchsgrundlagen in der privatrechtlichen Darstellung zu machen, eben in Rücksicht auf den Prozeß, damit dort kein Zweifel entsteht; das Gesetz selbst hat in der Absicht, im Prozeß dem Kläger nicht die Aufführung und event. Nachweisung sämtlicher Punkte aufzubürden, durch verschiedene Fassung diesem Willen Ausdruck gegeben.

Daraus rechtfertigt sich die unterschiedliche Benennung. Die Anspruchsentstehungshinderungsgründe werden gewöhnlich mit den Wendungen „es sei denn, daß“ oder „der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn“ eingeführt. Daß diese Wendungen absichtlich genommen worden sind, ist vielfach bezeugt.[249])

Aus der geschilderten Natur der Anspruchsentstehungshinderungsgründe ergibt sich auch für den Prozeß die Folgerung, daß der Richter sie nicht allein dann zu berücksichtigen hat, wenn der Anspruchsverpflichtete als Beklagter sie als Einwendungen anführt, sondern auch dann, wenn sie lediglich aus dem Vorbringen des Klägers hervorgehen.[250])

Um das Bild des Anspruches, wie er sich nach geltendem Recht darstellt, zu vervollständigen, werden wir schließlich noch sein Verhältnis zu anderen Herausgabeansprüchen betrachten, indem wir dadurch gleichzeitig einen Überblick über die praktische Bedeutung des Anspruchs des § 1007 gewinnen.

2. Der Herausgabeanspruch des § 1007 im einzelnen.

§ 19.

a) Anspruchsberechtigter, Anspruchsverpflichteter.

I. Anspruchsberechtigter ist jeder frühere Besitzer, gleichgültig, in welcher Eigenschaft er die Sache in seinem Besitz gehabt hat; er kann Eigenbesitzer, Nießbraucher, Pfandgläubiger, Verwahrer, Entleiher, Finder, Mieter, Pächter

[249]) vgl. z. B. Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis I, Vorrede zur 4. Aufl. S. XII.

[250]) vgl. Planck S. 282 A. 3 zu § 1007.

gewesen sein.[250a]) Ferner ist Anspruchsberechtigter auch ein früherer Erbbesitzer, d. h. derjenige, auf den der Besitz vor dem Verlust durch Erbgang übergegangen war (§ 857), ohne daß er jedoch den Besitz tatsächlich ergriffen hatte.

Stets aber muß Besitz vorhanden gewesen sein, Innehabung als Besitzdiener ist nicht genügend. Wann eine Person Besitzdiener ist, wird vollkommen richtig wohl nur in concreto entschieden werden können; eine Erörterung des sich an § 855 über jenen Begriff anschließenden Streites würde hier zu weit führen.

Es ist nicht notwendig, daß der frühere Besitz ein solcher des Anspruchsberechtigten selbst gewesen sei. Da für § 1007 keine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz der Übertragbarkeit und der Vererblichkeit statuiert ist, so ist es auch ausreichend, wenn der frühere Besitz nur in der Person des Erblassers oder sonstigen Rechtsvorgängers vorhanden war.[251])

Der Besitz kann auch bloß Teilbesitz gewesen sein, wie aus § 865 zu entnehmen ist, in welchem derselbe dem Besitz einer ganzen Sache hinsichtlich des reinen Besitzschutzes gleichgestellt wird. Man wird daraus entnehmen müssen, daß der Teilbesitz auch sonst ebenso zu behandeln ist.[252]) Ferner steht dem früheren Mitbesitzer der Anspruch zu. Dabei ist analoge Anwendung des § 1011 geboten, da auch sonst die Bestimmungen über das Eigentum entsprechend angewandt werden (vgl. § 1007 Abs. 3 S. 2). Im Prozeß also kann ein früherer Mitbesitzer Dritten gegenüber zwar den Anspruch

---

[250a]) Planck A. 2 zu § 1007 S. 282; Gierke S. 50.

[251]) Dernburg, B. S. 385 A. 7; Enneccerus-Lehmann S. 217; Endemann S. 185; Gierke S. 51.

[252]) Fischer-Henle A. 1 zu § 1007.

betreffs der ganzen Sache geltend machen, aber nur in der Weise, daß er Herausgabe an alle damaligen Mitbesitzer oder Hinterlegung für dieselben verlangt (§ 432 in Verbindung mit § 1011).

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß der frühere Besitz auch mittelbarer Besitz gewesen sein kann. Das ist jetzt allgemeine Meinung.[253]) Obwohl im Gesetz nicht besonders gesagt, ergibt es sich einmal aus den Worten des § 868: „Besitzt jemand . . ., so ist auch der andere Besitzer." Sodann verlangen es die Verkehrsbedürfnisse mit Notwendigkeit.[254]) Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der frühere mittelbare Besitzer je einmal unmittelbarer Besitzer war oder nicht (§§ 870, 930, 931, 934, 1205 Abs. 2). Man denke nur z. B. an den häufigen Fall, daß jemand über bei einem Bankier deponierte Wertpapiere verfügt. Jedoch geht der Anspruch des mittelbaren Besitzers im allgemeinen nur auf Herausgabe an den bisherigen unmittelbaren Besitzer, nur wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, auf Herausgabe an sich selbst (analog dem § 869).[255])

II. Anspruchsverpflichteter ist der gegenwärtige Besitzer der Sache. Es sind hier die gleichen Fälle wie bei der Person des Anspruchsberechtigten, also Eigenbesitzer, Fremdbesitzer — nicht Besitzdiener — Teilbesitzer, Erbbesitzer, Mitbesitzer.[256]) Bzgl. des letzteren Falles ist übrigens

---

[253]) Eck-Leonhard S. 190; Cosack S. 88; Meisner S. 154; Kuhlenbeck S. 472 usw.

[254]) Enneccerus-Lehmann S. 216.

[255]) Cosack § 190, V, 1; ebenso Biermann I, 1c zu § 1007; Staudinger I zu § 1007.

[256]) Gierke S. 52; Planck 2 zu § 1007; Biermann 1 zu § 1007.

zu bemerken, daß sowohl Anspruchsberechtigter wie Anspruchsverpflichteter Mitbesitzer sein kann;[257]) und zwar ohne daß hier eine Besonderheit gilt: Wie dem Miteigentümer steht auch dem anspruchsberechtigten Mitbesitzer der Anspruch auf partielle Herausgabe der Sache, d. h. seinem Bruchteil entsprechende Einräumung des Mitbesitzes zu.[258])

Ferner ist auch der mittelbare Besitzer Anspruchsverpflichteter. Dies war früher sehr streitig. Der Unterschied der Meinungen erhob sich bei § 985; mit der Entscheidung bzgl. dieses Paragraphen mußte die Frage auch für § 1007 erledigt sein.[259]) Die Frage darf jetzt als geklärt gelten. Außer Wendt steht die Literatur einhellig auf dem Standpunkt, daß der mittelbare Besitzer Anspruchsverpflichteter ist. Die Frage stand auch auf dem 24. deutschen Juristentag zur Verhandlung und wurde einstimmig in der zweiten Abteilung desselben im obigen Sinne entschieden, indem den Gründen Gierkes, Strohals und Fischers[260]) gegen die Ausführungen Wendts der Vorzug gegeben wurde. Eine ausführliche Erörterung der Gründe, die zu diesem Resultate führten, erübrigt sich daher; es seien nur kurz die Haupt-

---

[257]) Staudinger I,1 zu § 1007.

[258]) Staudinger A. 2 zu § 1011; Biermann A. 1 zu § 1007; dagegen Gierke S. 51; ihm ist zu erwidern, daß § 866 unserer Ansicht nicht entgegensteht; neuerdings hat er seinen Widerspruch auch aufgegeben (Gierke, Privatrecht S. 263 A. 79).

[259]) Gierke S. 53—56; Fischer-Henle 2 zu § 985; Strohal S. 45—49; Eck-Leonhard S. 190; Planck A. 2 zu § 1007; Wendt S. 40ff, S. 68—76

[260]) Verhandlungen des 24. deutsch. Juristentags Bd. 3: Gutachten Gierkes S. 29—50; Gutachten Wendts S. 1—28; Bd. 4 S. 142 und 350/51; Strohal S. 45—49; Fischer i. d. Deutschen Juristenzeitung 1898 S. 367—369.

punkte angeführt: In erster Linie war bestimmend der Wortlaut des Paragraphen in Verbindung mit § 868 und der Redaktionsgeschichte. Die Kommission hatte einen verneinenden Zusatz zu § 899 zunächst angenommen.[261]) Derselbe wurde aber später ausdrücklich wieder gestrichen. Sodann spricht § 991 Satz 1, in welchem die Rechtshängigkeit gegenüber dem mittelbaren Besitzer erwähnt wird, dafür. Schließlich waren praktische Erwägungen noch von großem Gewicht. In einer Reihe von Fällen würde die Durchführung des Anspruchs im Prozeß gegen den unmittelbaren Besitzer sehr umständlich und langwierig sein.[262]) In andern Fällen wäre aber eine Realisierung des Anspruchs überhaupt vereitelt. Man denke an Fälle, da der unmittelbare Besitzer nicht zu ermitteln ist, oder an die von Strohal[263]) behandelten Besitzverhältnisse, welche vermittelst der handelsrechtlichen Traditionspapiere geschaffen werden. Ein wohl nicht allzu seltenes Beispiel führt auch Enneccerus-Lehmann[264]) an: die Deponierung von einem Verwahrer gestohlenen Wertpapieren seitens eines Diebes bei einem gutgläubigen Bankier.[265]) Die Ersatzmittel, auf die man den Eigentümer hinwies, und die unter Umständen von Erfolg sein können, der Eigentumsfreiheitsanspruch und die Feststellung des Eigentums im Prozeß können gerade bei diesem Paragraphen einen gleichwertigen Ersatz nicht bieten.

---

[261]) Motive S. 3940—50, 6037, 8557/58; Gierke, Gutachten S. 40.

[262]) Gierke, Gutachten S. 42.

[263]) Strohal S. 45ff.

[264]) Enneccerus-Lehmann S. 216/17.

[265]) s. ähnl. Beisp. bei Gierke, Gutachten S. 48/49.

§ 20.

b) Anspruchsvoraussetzungen und Anspruchsentstehungshinderungsgründe.

Der privatrechtliche Anspruch, der uns in § 1007 entgegentritt, ist insofern ein einheitlicher Anspruch, als es sich um das Verlangen der Herausgabe seitens des früheren Besitzers vom jetzigen handelt mit der Tendenz, daß dem besseren Besitzrecht im Privatrecht die Möglichkeit geschaffen werden soll, sich im Prozeß durchzusetzen. Das ist der historisch gewordene Grundgedanke des Paragraphen, welchen wir immer im Auge behalten müssen.

Dieser kann aber verschieden ausgestaltet werden. Das ist auch im Gesetz geschehen. Das Gesetz hat nämlich einerseits nicht sämtliche Entstehungsbedingungen des Anspruchs in einen Satz zusammengedrängt, weil es nicht wollte, daß der Anspruchsberechtigte im Prozeß als Kläger alle jene Momente vorbringen müsse: deshalb machte es den bereits früher erläuterten Unterschied zwischen Anspruchsvoraussetzungen und Anspruchsentstehungshinderungsgründen; andererseits hat das Gesetz aus den Anspruchsvoraussetzungen nach bestimmten Gesichtspunkten zwei Gruppen gebildet, um dem Anspruchsberechtigten die Rechtsverfolgung noch weiter zu erleichtern: Abs. 1 und Abs. 2. Der Kläger kann letztere nach seiner Wahl benützen, in jedem Fall wird die Klage gehörig begründet.

Diese beiden verschiedenen privatrechtlichen Begründungen desselben Anspruchs stehen aber in inniger Verwandtschaft; es erscheinen diejenigen Entstehungsmomente, welche im ersten Absatz unter den Anspruchsvoraussetzungen fehlen — unfreiwilliger Verlust und Gutgläubigkeit des früheren

Besitzers - im dritten Absatz in ihrer gegensätzlichen Bedeutung ausgedrückt als Anspruchsentstehungshinderungsgründe; ebenso erscheint die im Hauptsatz des Abs. 2 als Anspruchsvoraussetzung weggelassene Entstehungsbedingung — Gutgläubigkeit des früheren Besitzers — gleichfalls in Abs. 3 ins Gegenteil gekehrt als Anspruchsentstehungshinderungsgrund.

Dazu kommt dann aber als Trennungsmerkmal des Abs. 1 vom Abs. 2, daß in ersterem der böse Glaube des gegenwärtigen Besitzers als Anspruchsvoraussetzung eingeschoben ist, während Abs. 2 einen Herausgabeanspruch außer gegen jenen „auch“ gegen den gutgläubigen jetzigen Besitzer gibt. Daraus folgt, daß im Prozeß durch Schaffung der beiden Absätze für den Anspruchsberechtigten eine Erleichterung durch Berücksichtigung der fides des Anspruchsverpflichteten gegeben ist: kann er z. B. das unfreiwillige Abhandenkommen der Sache nicht oder nur schwer beweisen, dagegen leicht, daß der Anspruchsverpflichtete beim Erwerb des Besitzes bösgläubig war, so ist ihm durch Abs. 1 Gelegenheit gegeben, letztere Tatsache anstatt der ersteren zu benützen. Um dies im Prozeß zu ermöglichen, wurde das Gesetz in der erwähnten Weise abgefaßt, mit der Bösgläubigkeit des gegenwärtigen Besitzers als Anspruchsvoraussetzung im Abs. 1.

Unerheblich ist, was sonst den Abs. 1 vom Abs. 2 unterscheidet, daß nämlich im Nachsatz des Abs. 2 zwei Anspruchsentstehungshinderungsgründe — Eigentum und früherer Besitz des Anspruchsverpflichteten — aufgeführt sind, welche im Abs. 1 fehlen. Das erklärt sich daraus, daß der erste dieser Hinderungsgründe dort unmöglich, der zweite überflüssig ist; denn einerseits kann ein böswilliger Besitzerwerber nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht Eigentümer

werden;[266]) andererseits ist der neue Besitzerwerb des jetzigen Besitzers, wenn er früher den Besitz bereits gehabt, ihn aber unfreiwillig verloren hatte, gutgläubig[267]) geschehen, denn der Verlierer hatte dann ein Recht auf den Besitz, und es ermangelt dadurch dann die Voraussetzung des bösen Glaubens des Abs. 1.[268])

I. Gemeinsam sind den beiden Gruppen von Anspruchsvoraussetzungen des Abs. 1 und des Abs. 2 folgende Umstände: Früherer Besitz des Anspruchsberechtigten, gegenwärtiger Besitz des Anspruchsverpflichteten. Dieselben sind bereits bei der Behandlung der Frage, wer Anspruchsberechtigter und wer Anspruchsverpflichteter ist, erörtert worden, so daß wir hier nicht mehr auf sie einzugehen brauchen.

Weitere Anspruchsvoraussetzung in Abs. 1 ist böser Glaube des jetzigen Besitzers bei dem Erwerb des Besitzes. Derselbe war dann nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß er ein Recht auf Besitz nicht habe (analoge Anwendung von § 932, 2).[269]) Mala fides superveniens ist gleichgültig. Ein

---

[266]) Nur eine Ausnahme gibt es bei der Spezifikation, hier dürfte aber der Herausgabeanspruch des § 1007 auf Grund von § 950 Abs. 2 nicht entstehen können.

[267]) vgl. dazu die später im Text folgende Definition des bösen Glaubens beim Besitzerwerb.

[268]) Lediglich bezüglich Geld- und Inhaberpapieren besteht eine Ausnahme, die durch die Vorschriften des B.G.B. über den Eigentumserwerb an abhanden gekommenem Geld und Inhaberpapieren bedingt ist. Bei diesen muß, damit der Herausgabeanspruch entstehe, außer allen sonstigen Entstehungsbedingungen beim jetzigen Besitzer noch böswilliger Besitzerwerb vorliegen. — Diese Sonderbestimmung im folgenden weiter zu behandeln, ist unnötig.

[269]) Eck-Leonhard S. 190; Gierke S. 51 A. 9; Matthiaß S. 96.

Recht zum Besitz ist z. B. vorhanden, wenn dem jetzigen Besitzer die Sache früher unfreiwillig verloren ging und er sie dann später einseitig wieder in Besitz genommen hat.

Nicht notwendig ist zum Begriff des bösen Glaubens, daß der jetzige Besitzer beim Besitzerwerb wußte, daß er gerade das Recht desjenigen verletzte, dem der Herausgabeanspruch zusteht.[270]) Es genügt ein allgemeiner böser Glaube dahingehend, daß der nachherige Anspruchsverpflichtete wußte oder hätte wissen müssen, daß sein Autor zu der betreffenden Verfügung über die Sache nicht berechtigt war, z. B. zum Übertragen des Besitzes zwecks Nießbrauchbestellung, zwecks Eigentumsübertragung usw. Nicht gehört ferner nach unserer obigen Definition zur Bösgläubigkeit, daß, wie Pflüger[271]) behauptet, der jetzige Besitzer den unfreiwilligen Verlust des Anspruchsberechtigten gekannt habe. Der schlechte Glaube liegt schließlich auch in den Fällen vor, in denen einer Person, die eine Sache einseitig in Besitz nimmt, zwar ein an sich zum Besitz berechtigendes Recht hinsichtlich der Sache zusteht, andererseits aber der frühere Besitzer ihr gegenüber ein spezielles Recht zum Besitze hat, z. B. Eigentümer und Mieter.[272]) Auch in der Person des Erblassers kann der böse Glauben geltend gemacht werden.[273])

Besondere Anspruchsvoraussetzung in der Gruppe des Abs. 2 ist Verlust des Besitzes beim früheren Besitzer durch Diebstahl, Verlieren oder sonstiges Abhandenkommen. In betreff des Umfanges der Bedeutung des Ausdrucks „Abhandenkommen“ sind verschiedene Meinungen vorhanden,

---

[270]) Cosack S. 90.

[271]) Pflüger S. 455.

[272]) Planck 2 zu § 1007.

[273]) Cosack S. 90.

während über die Begriffe des Verlierens und Gestohlenhabens kein Streit besteht. Unter „Gestohlen“ ist das reichsstrafrechtliche Delikt zu verstehen.[274])

Abhandengekommen ist eine Sache, „wenn der unmittelbare Besitzer ohne seinen Willen den Besitz verloren hat“.[275]) Es ist also jeder unfreiwillige Besitzverlust darunter zu verstehen. Ein solcher liegt auch vor, wenn ein Geschäftsunfähiger die Gewalt über die Sache aufgibt (§ 856), denn er ist nicht imstande, einen rechtlich erheblichen Willen zu bilden. Das trifft auch für den Bewußtlosen und vorübergehend Geistesgestörten zu. Biermann[276]) rechnet im Gegensatz zu den Motiven auch das Besitzaufgeben seitens eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten darunter. Dem muß man sich im Sinne von Planck[277]) anschließen, der den § 111 analog anwendet.

Ein Abhandenkommen müssen wir aber auch bei Irrtum, Täuschung, Drohung annehmen. Dernburg[278]) will das nur für letzteres und für den Fall der Notlage zugeben. Biermann[279]) spricht sogar bei allen 3 Fällen von freiwilliger Besitzaufgabe, weil das Bürgerliche Gesetzbuch, da der Erwerber nach § 935 Eigentum erlange, einen Übergabewillen als vorhanden aufstelle. Letztere Behauptung ist kaum aufrechtzuhalten, wie Biermann für den Fall des Verwechselns selbst zugeben muß. So nimmt dann Kuhlen-

---

[274]) Staudinger I, 2 zu 1007.

[275]) Planck 2 zu § 935; vgl. auch die bei Staudinger I, 1 zu § 935 angeführten Entscheidungen.

[276]) Biermann 2 zu § 935; Motive III, 348.

[277]) Planck 2 zu § 935; a. M. Staudinger I, 2b zu § 935.

[278]) Dernburg, B. S. 307.

[279]) Biermann 3 zu § 935; ebenso Fischer-Henle A. 1. zu § 935.

beck[280]) deshalb für den Irrtum unfreiwillige Aufgabe an. Die richtige Meinung dürfte die von Planck[281]) sein, der auch hier die Bestimmungen über Rechtsgeschäfte anwenden will. Auf Grund der in §§ 119, 123, 142, 143 ausgesprochenen Möglichkeit der Anfechtung und der Wirkung derselben kommt er zu obigem Resultate. Zutreffend dürfte dagegen die Bemerkung Biermanns[282]) sein, daß bei einer zum Schein veräußerten Sache der Besitz freiwillig aufgegeben sei.

Hatte der frühere Besitzer mittelbaren Besitz, so ist für die Frage des unfreiwilligen Verlustes nur die Person des unmittelbaren Besitzers entscheidend. Dies Resultat ergibt sich aus § 935, 1 S. 2.[283]) Unbestritten ist, daß bei einem Besitzdiener die Art des Verlustes nur nach dem Willen des Besitzherrn zu beurteilen ist.[284])

Der unfreiwillige Besitzverlust kann auch in der Person des Erblassers oder Zedenten des nachherigen Anspruchsberechtigten vorgelegen haben.[285])

II. Wir kommen nun zu den Anspruchsentstehungshinderungsgründen. Auch hier werden wir zunächst die Abs. 1

---

[280]) Kuhlenbeck I b S. 73.

[281]) Planck 2 zu § 935.

[282]) Biermann 3 zu § 935.

[283]) Planck 2 zu § 935; Cosack S. 89; Ostermeyer S. 159; a. M. Biermann Anm. 2/3 zu § 1007, der dadurch aber einen nicht zu beseitigenden Wiederspruch zwischen §§ 1007 u. 935, 1 S. 1 aufgestellt. Jedenfalls falsch: Pflüger S. 475 A. 4, 2, der sogar das unfreiwillige Abhandenkommen beim unmittelbaren Besitzer nicht als genügend ansieht für einen Herausgabeanspruch, bei dem der frühere mittelbare Besitzer Anspruchsberechtigter, der gegenwärtige besitzende Dritte Anspruchsverpflichteter wäre.

[284]) Staudinger I, 2 b zu § 935.

[285]) Gierke S. 52.

und 2 gemeinsamen Anspruchsentstehungshinderungsgründe behandeln; dieselben finden sich in Abs. 3 S. 1.

Einmal ist darnach Anspruchsentstehungshinderungsgrund böser Glaube des früheren Besitzers beim Erwerb des Besitzes. Bezüglich dieser Bösgläubigkeit ist das gleiche zu bemerken wie oben. Es sei daher darauf verwiesen. Es kann also für den bösgläubigen, früheren Besitzer auch nicht einmal gegenüber einem gleichfalls bösgläubigen jetzigen Besitzer ein Herausgabeanspruch entstehen. Darin zeigt sich wieder der von uns bereits oben betonte Grundgedanke des Paragraphen. Da ohne den guten Glauben der Besitz des früheren Besitzers ebenso einer materiellen Grundlage entbehrt, wie derjenige des jetzigen Besitzers, so ist keiner von beiden besser berechtigt als der andere. Im Vorteil ist dann natürlich der beatus possidens. Praktisch ausgedrückt heißt das folgendes: Einem Dieb z. B. steht gegenüber einem anderen, der ihm selbst die Sachen wieder abnimmt, kein Herausgabeanspruch zu.

Zweiter in Abs. 3 aufgeführter Anspruchsentstehungshinderungsgrund ist Besitzaufgabe seitens des früheren Besitzers. Doch ist dies in Wirklichkeit nur für Abs. 1 ein Anspruchsentstehungshinderungsgrund, nicht für Abs. 2, denn in diesem steht bereits das Gegenteil von Besitzaufgabe, der unfreiwillige Verlust, als Anspruchsvoraussetzung. Dem Gesetz ist demnach hier ungenaue Fassung vorzuwerfen, richtig wäre es gewesen, lediglich zu Abs. 1 den Zusatz zu machen: „Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben hat“ und den Inhalt des Abs. 3 dementsprechend beschränkt zu fassen.[286])

[286]) vgl. dazu Fischer-Henle 10 zu § 1007; Eck-Leonhard S. 192; Gierke S. 59.

Über den Begriff der „Besitzaufgabe“ selbst herrscht keine Einigkeit. Richtigerweise stellt man ihn in Gegensatz zu dem „Abhandenkommen“ und identifiziert dann mit letzterem den unfreiwilligen Besitzverlust, mit ersterem den freiwilligen.[287]) Da nun zur Besitzaufgabe als einer Rechtshandlung Willensfähigkeit verlangt werden muß, ist bei nicht Geschäftsfähigen eine „Aufgabe des Besitzes“ zu verneinen;[288]) es liegt bei ihnen vielmehr ein unfreiwilliger Verlust vor. Hier wäre also ein Herausgabeanspruch nicht ausgeschlossen.[289]) Im allgemeinen genügt aber die Willenserklärung allein noch nicht, es muß die wirkliche Beseitigung der Gewalt über die Sache dazu kommen. Jene allein genügt nur in Fällen, da die Gewalt vor allem auf dem Willen der Person beruht.[290])

Übt der Besitzer die Gewalt über eine Sache vermittelst eines Besitzdieners aus, so kann nur ersterer den Besitz aufgeben; ein Verkauf usw. der Sache durch den Besitzdiener hindert also die Entstehung des Herausgabeanspruchs für den früheren Besitzer nicht.

Kein Aufgeben des Besitzes liegt vor, wenn der unmittelbare Besitzer zwar den unmittelbaren Besitz übertragen, den mittelbaren sich aber zurückbehalten hat. Das gleiche ist der Fall, wenn der unmittelbare Besitzer ebenso wieder gehandelt hat.[291]) Veräußerung einer Sache durch constitutum possessorium kann also den Anspruchsentstehungshinderungsgrund der Besitzaufgabe nicht hervorbringen, wohl aber brevi manu traditio und cessio vindicationis.[292]) Denn wenn jemand

---

[287]) Planck 3 b zu § 1007; Gierke S. 59.

[288]) Dernburg, B. S. 64; Planck A. 2 zu § 856.

[289]) Endemann S. 151 A. 13.

[290]) Matthiaß S. 13.

[291]) Staudinger IV A S. 274.

[292]) Gierke S. 60/61.

mittelbarer Besitzer ist, so kann einmal er selbst den mittelbaren Besitz aufgeben durch einseitige Erklärung oder Übertragung, andererseits wird der mittelbare Besitz dadurch aufgegeben, daß der unmittelbare Besitzer denselben aufgibt, da es hier nur auf den Willen des letzteren ankommt.[293])

Besondere Anspruchsentstehungshinderungsgründe für den Abs. 2 sind zwei vorhanden. Zunächst Eigentum des jetzigen Besitzers. Dieses ist prinzipiell das beste Besitzrecht, das es gibt. Entsprechend dem schon mehrfach hervorgehobenen Grundgedanken kann daher bezüglich einer Sache, die dem jetzigen Besitzer gehört, im allgemeinen ein Herausgabeanspruch für einen früheren Besitzer nicht entstehen.

Es ist nämlich eine Einschränkung zu machen, die zwar nicht ausdrücklich im Gesetzesparagraphen steht, die sich aber aus der ganzen Natur des Anspruchs ergibt. Hat der frühere Besitzer gegenüber dem Eigentümer der Sache, der durch Wegnahme jetzt wieder Besitzer ist, ein spezielles Besitzrecht auf Grund eines dinglichen oder obligatorischen Rechts, so dürfte während der Dauer dieses Besitzrechtes für den Herausgabeanspruch des früheren Besitzers das Eigentum des jetzigen Besitzers keinen Anspruchsentstehungshinderungsgrund bilden.

Das Eigentum kann der jetzige Besitzer bereits bei seinem jetzigen Besitzerwerb gehabt oder nach demselben erworben haben. Das letztere ist möglich durch Ersitzung (Verjährung der Besitzklage erst in 30 Jahren!) oder durch Erwerb einer Sache auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung.

---

[293]) Planck 3b zu § 1007; a. M. Biermann 2b zu § 1007; vgl. auch Gierke, Privatrecht S. 263 A. 78.

Ein weiterer Anspruchsentstehungshinderungsgrund für Abs. 2 ist der Umstand, daß die Sache dem jetzigen Besitzer vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen ist. Das ist ganz natürlich, denn dem gegenwärtigen Besitzer stand vor seinem neuerlichen Besitzerwerb der Herausgabeanspruch bezüglich dieser Sache selbst zu; derselbe erscheint also auch nach dem neueren Besitzerwerb noch als der relativ Besserberechtigte. Über den Begriff des Abhandenkommens haben wir oben bereits gesprochen. Dem ist hier nichts hinzuzufügen.

Nicht jedoch kann der frühere Besitz des jetzigen Besitzers dann Anspruchsentstehungshinderungsgrund sein, wenn der Besitzer beim Erwerb seines noch früheren Besitzes im bösen Glauben war. Denn dieser Umstand würde, wenn er den jetzigen Besitz nicht wiedererworben hätte, der Entstehung eines eigenen Herausgabeanspruches hindernd in den Weg treten (Abs. 3 Satz 1). Von einem besseren Besitzrecht beim gegenwärtigen Besitzer kann also keine Rede sein, und es entspricht dem Grundgedanken des Paragraphen vollkommen, wenn ein bösgläubiger, noch früherer Besitz des jetzigen Besitzers nicht als Anspruchsentstehungshinderungsgrund erachtet wird.

§ 21.

c) Gegenrechte.

Schließlich ist noch Satz 2 des Abs. 3 zu behandeln, welcher bestimmt, daß die Vorschriften der §§ 986–1003 entsprechende Anwendung finden sollen. Für uns kommt hier nur § 986 in Betracht. Dieser handelt von den oben bereits erwähnten „Gegenrechten“. Das sind Rechte, welche,

trotzdem der privatrechtliche Anspruch an und für sich besteht, den Anspruchsverpflichteten berechtigen, die Leistung zu verweigern. Ihre Geltendmachung im Prozeß führt dann zur Abweisung des Klägers. Der Anspruch als solcher wird also dadurch nicht berührt; es steht dem Anspruchsverpflichteten, dem das Gesetz das Leistungsverweigerungsrecht gibt, ganz frei, ob er seine privatrechtlichen Gegenrechte im Prozeß vorbringen will oder nicht. Tut er es nicht, so dringt der Anspruchsberechtigte mit seiner Klage durch. Daraus geht hervor, daß diese Gegenrechte — im Gegensatz zu den Anspruchsentstehungshinderungsgründen, vgl. oben — im Prozeß nur dann vom Richter zu beachten sind, wenn der Beklagte sie vorbringt.[294])

Solche Gegenrechte des Anspruchsverpflichteten sind in unserem Falle kurz gesagt alle eigenen, besseren Besitzrechte, d. h. Rechte, welche ihn oder seinen mittelbaren Besitzer dem früheren Besitzer gegenüber zum Besitz berechtigen. Ein derartiges Recht kann ein dingliches Recht, z. B. Nießbrauch, Pfandrecht, oder eine obligatorisches Recht, z. B. Mietrecht, Pachtrecht, sein.[295]) Dingliches Recht in diesem Sinne kann auch das Eigentum sein.[296]) Diese Rechte allein lassen jedoch in den meisten Fällen noch kein Besitzrecht gegenüber dem früheren Besitzer entstehen. Dazu sind viel-

[294]) Anders faßt Hellwig (Hellwig, Anspruch S. 8ff.) die Wirkung der Geltendmachung der Gegenrechte auf; er behauptet, daß dadurch der privatrechtliche Anspruch erlösche. Bezüglich dieser Kontroverse, auf die wir hier nicht näher eingehen können, vgl. Hellwig l. c.; anderer Meinung Friedenthal, Einwendung und Einrede. Unsern Standpunkt scheint Fischer zu teilen: vgl. Fischer-Henle A. 6 zu § 202.

[295]) Planck A. 3 zu § 1007.

[296]) Gierke S. 57.

mehr noch andere Umstände notwendig, insbesondere, daß ein etwaiges Recht des Anspruchsberechtigten erloschen ist.[297]) Die Fälle, in welchen zu dem dinglichen oder obligatorischen Rechte noch weitere Umstände treten müssen, um dem Anspruchsverpflichteten ein Besitzrecht gegenüber dem Anspruchsberechtigten zu schaffen, können wir allgemein dahin bestimmen, daß es stets dann geschehen muß, wenn der an sich Anspruchsverpflichtete beim Erwerbe seines ihm allen andern Personen gegenüber ein Besitzrecht schaffenden, dinglichen oder obligatorischen Rechtes hinsichtlich des für den jetzigen Anspruchsberechtigten bestehenden Besitzrechtes bösgläubig war, oder wenn zwar das Besitzrecht des Anspruchsverpflichteten älter war als das des Anspruchsberechtigten, das des letzteren sich aber von ersterer Person herleitet. Ein Beispiel zeigt das ohne weiteres: Der Eigentümer einer Sache hat diese auf eine bestimmte Zeit verliehen, dem Entleiher nimmt sie der erstere heimlich weg und bestellt einem Dritten an ihr einen Nießbrauch. Dem Entleiher steht nun der Herausgabeanspruch zu, Anspruchsverpflichteter ist der Nießbraucher. War nun der Nießbraucher beim Erwerb des Nießbrauches im guten Glauben hinsichtlich des früheren Leihvertrages, so gibt das Nießbrauchrecht allein ihm ein Besitzrecht gegenüber dem Entleiher (§ 936 Abs. 1 in Verb. mit § 1032 S. 2), so daß er im Prozeß die Herausgabe verweigern kann; wußte derselbe jedoch, daß die Sache bereits verliehen war, so gibt sein Nießbrauchrecht allein ihm zwar ein Besitzrecht gegenüber dem Eigentümer, nicht aber gegenüber dem Entleiher (§ 1032 S. 2 in Verbindung mit § 936 Abs. 2). Vielmehr muß, damit auf Grund des Nießbrauches auch dem Entleiher gegenüber ein

---

[297]) vgl. Staudinger IV, 1 S. 272.

Besitzrecht da sei, noch hinzukommen, daß das aus dem Leihvertrag entstandene Besitzrecht z. B. infolge Ablaufs des Vertrags erloschen ist.

Nehmen wir nun an, der Nießbrauch sei, nachdem der Verleiher dem Entleiher die Sache weggenommen, nicht bestellt worden, so hat nun der Entleiher den Herausgabeanspruch gegen jenen als Anspruchsverpflichteten. Dann gibt das Eigentum des Verleihers allein demselben dem Entleiher gegenüber noch kein Besitzrecht, sondern damit ein solches vorhanden sei, muß auch die Leihe rechtsgültig beendet sein.[298])

Wir haben uns jetzt bezüglich der Gegenrechte noch mit einer Frage zu beschäftigen, die teilweise ins Gebiet des Prozesses führt.

Eine Reihe Schriftsteller[299]) haben behauptet, daß im Prozeß der Kläger gegenüber der Einwendung des Beklagten, daß er Eigentümer sei, die Replik eines besseren Besitzrechtes in demselben Maße habe, wie er dasselbe durch Einrede nach § 986 als Beklagter gegenüber dem Anspruch des § 985 vorbringen darf. Diese Ansicht ist nicht aufrechtzuhalten. Sie bedeutet, daß der Herausgabeanspruch, obwohl er infolge Bestehens des Anspruchsentstehungshinderungsgrundes „Eigentum" ausgeschlossen ist, trotzdem infolge des vorgebrachten Besitzrechtes durchdringen müsse. Das wäre aber nicht mehr ein Anspruch aus § 1007, sondern ein neuer,

---

[298]) Wenn Neumann (I 5 d zu § 1007) in diesem Fall (wenn die Leihe beendigt ist) von einer „Aufrechnung" beider Besitzansprüche spricht, so dürfte das doch nicht der Sachlage entsprechen.

[299]) Eck-Leonhard S. 193; Staudinger IV B. 1 zu § 1007; Gierke S. 61/62; Matthiaß S. 97; Enneccerus-Lehmann S. 215.

besonderer Anspruch auf Grund des betreffenden, zum Besitz berechtigenden Rechts.

Die richtige Meinung ist vielmehr folgende, die auch Planck[300]) vertritt.[301]) Es ist zu unterscheiden, ob der jetzige Besitzer und Eigentümer in Kenntnis des Besitzrechtes des früheren Besitzers oder in dieser Beziehung gutgläubig seinen jetzigen Besitz erworben hat. Bezüglich der ersten Annahme haben wir schon oben gesagt, daß dann das Eigentum gar keinen Anspruchsentstehungshinderungsgrund bilden dürfte. Setzen wir den zweiten Fall, z. B. in folgendem Beispiel: Der Eigentümer einer Sache hat sie einem andern geliehen, welcher dieselbe dann verliert; der erstere findet sie und nimmt sie gutgläubig als herrenlos an sich, später stellt sich heraus, daß die Sache seine eigene ist, die er jenem andern geliehen hatte — so ist der in § 1007 normierte Herausgabeanspruch infolge Vorhandenseins des Anspruchsentstehungshinderungsgrundes „Eigentum" ausgeschlossen, und es steht dem früheren Besitzer lediglich ein Anspruch aus dem betreffenden Recht zu, der aber mit dem Anspruch des § 1007 nichts zu tun hat. Allerdings stellt sich das im Prozeß wesentlich einfacher dar, indem dort durch Änderung des Klaggrundes — was nach § 264 C.P.O. wohl meist zuzulassen wäre — der Kläger doch im selben Prozeß die Herausgabe durchsetzen könnte.

Ebenso wie der zuletzt behandelte Fall ist die weiterhin bei einigen Schriftstellern[302]) zu findende Ansicht zu beurteilen, daß gegenüber der Einwendung des Beklagten, er habe den Besitz der Sache noch vor der Besitzzeit des Klägers

[300]) Planck 3b zu 1007.

[301]) Im wesentlichen ebenso Neumann II, 3 zu § 1007.

[302]) z. B. Biermann 3c zu § 1007.

verloren, die Replik des Eigentums dem Kläger zu gestatten sei.[303])

§ 22.

d) Erörterungen einiger anderer, den Herausgabeanspruch des § 1007 betreffender Punkte.

Auf den in § 1007 gegebenen Herausgabeanspruch des früheren Besitzers sind die Vorschriften der Schuldverhältnisse analog anzuwenden; derselbe ist daher abtretbar und vererblich.[304])

Eine besondere Verjährungsfrist ist für § 1007 nicht bestimmt: sie ist daher die gewöhnliche dreißigjährige.[305])

Schließlich ist zu erwähnen, daß der Anspruchsberechtigte noch Nebenansprüche hat auf Herausgabe der Früchte oder Nutzungen, oder Ersatzansprüche wegen Verschlechterung der Sache usw., während dem Anspruchsverpflichteten Gegenansprüche wegen der auf die Sache gemachten Verwendungen zustehen. Dies ergibt sich aus Satz 2 des Abs. 3 des § 1007. Das Nähere für diese Nebenansprüche wird demnach durch die §§ 987—993, 994—1003 geregelt.[306]) Als wichtige Momente kommen dabei der gute oder böse Glaube zur Zeit des Besitzerwerbs, der Eintritt der Rechtshängigkeit, die Art des Besitzerwerbs in Betracht. Diese Ansprüche näher zu erörtern, ist hier jedoch nicht der Platz.

---

[303]) Hier steht Gierke (S. 62/63) — im Gegensatz zu seiner Stellung bezüglich der Replik gegen die Eigentumseinwendung — auf unserem Standpunkt, indem er sagt, dem Kläger bleibe nur die Eigentumsklage, diejenige aus § 1007 werde mit jener Replik nicht gehalten.

[304]) Planck A. 5 zu § 1007.

[305]) Biermann 5 zu § 1007.

[306]) § 998 ist natürlich nicht anwendbar.

3. Verhältnis des Herausgabeanspruchs des § 1007 zu anderen Herausgabeansprüchen.

§ 23.

a) Die Stellung des Anspruchs aus § 1007 zu den Herausgabeansprüchen auf Grund eines Rechts, insbesondere des Eigentums (§ 985).

Nunmehr ist noch das Verhältnis des in § 1007 gegebenen Herausgabeanspruchs zu anderen Herausgabeansprüchen zu erörtern. Die Ansprüche, welche dabei in Betracht kommen, sind einmal die Herausgabeansprüche, die sich auf Grund eines Rechts ergeben, und andererseits der possessorische Anspruch des § 861.

Wenden wir uns zunächst der ersten Gruppe zu, so sind in derselben die Ansprüche auf Grund eines dinglichen Rechtes und die auf Grund eines obligatorischen zu trennen, denn die Stellung des Anspruchs aus § 1007 ist ihnen gegenüber eine wesentlich unterschiedliche.

Unter den dinglichen Ansprüchen ragt als wichtigster der Eigentumsanspruch des § 985 hervor. Dessen Verhältnis zu dem Anspruch des § 1007 ist daher in erster Linie darzulegen. Was wir bei jenem zu sagen haben werden, gilt im wesentlichen auch für die Bedeutung des Anspruchs aus § 1007 gegenüber den andern Herausgabeansprüchen aus dinglichen Rechten, z. B. dem Nießbrauch, Pfandrecht usw., so daß eine besondere Darlegung sich erübrigt.[307])

Ist der frühere Besitzer zugleich Eigentümer der abhanden gekommenen Sache, so steht ihm neben dem Anspruch des § 1007 stets auch der des § 985 zu. Hier liegt die Bedeutung

[307]) vgl. auch Gierke S. 69 A. 46.

des § 1007 darin, daß die Durchführung dieses Anspruchs im Prozesse vielfach leichter sein wird. Zwar ist auch die Begründung des Eigentumsanspruchs im Prozeß durch die Bestimmung des § 1006 wesentlich einfacher geworden. Die zugunsten des jetzigen Besitzers sprechende Vermutung wird durch die Tatsache des früher unfreiwillig abhanden gekommenen Besitzes vernichtet, und zugleich damit für die Besitzzeit des früheren Besitzers die Präsumtion des Eigentums aufgestellt. Kann nun etwa der Eigentümer für den Prozeß den Beweis des unfreiwilligen Verlustes nicht liefern, so könnte er sein Recht nicht verwirklichen. Hier hilft § 1007, dieser gibt dem Anspruchsberechtigten anstatt jenes Punktes die Anspruchsvoraussetzung des bösgläubigen Besitzerwerbs, welches Moment häufig leichter nachzuweisen ist.

Dazu kommt noch ein zweites: Der Anspruch des § 1007 ist in der Beziehung für den Anspruchsberechtigten günstiger als die für den Eigentumsanspruch in Betracht kommende Vermutung des § 1006 Abs. 2 im Prozeß vom Beklagten durch Anführung einer Reihe von Umständen, insbesondere Besitzrechten dritter Personen, hinfällig gemacht werden kann — Umstände, deren Vorhandensein die Entstehung des Anspruchs aus § 1007 nicht hindert. Nehmen wir z. B. folgenden Prozeßfall: Der Kläger erhebt auf Grund der §§ 985 und 1006 Klage auf Herausgabe einer gestohlenen Sache; Beklagter widerlegt die Eigentumsvermutung für den Kläger dadurch, daß er zeigt, daß vor dem Erwerbe durch den Kläger die Sache einem Dritten abhanden gekommen sei; infolgedessen wird der Kläger abgewiesen und der Beklagte behält die Sache. Der Herausgabeanspruch des § 1007 wäre durchgedrungen.

Trotz dieser Vorzüge des Anspruchs aus § 1007 darf man aber in seiner Bewertung doch nicht so weit gehen,

wie Pflüger[308]) dies tut, indem er den Anspruch des § 985 in Verbindung mit § 1006 überhaupt für überflüssig erklärt. Im Gegenteil, es gibt eine Reihe von Fällen, in denen der Herausgabeanspruch aus § 1007 ausgeschlossen und nur der Anspruch auf Grund des Eigentums gegeben ist.

Zunächst gibt es Fälle, in denen eine Person Eigentümer, aber nicht Besitzer der Sache wurde. In diesen kann ein Anspruch aus § 1007 nicht entstehen. Die Fälle sind von Gierke[309]) in seiner Monographie vollzählig angegeben, und wir können uns daher darauf beschränken, dieselben hier kurz aufzuführen: Es kommt in Betracht Eigentumserwerb ohne vorhandenen Besitz, bezw. ohne Besitznahme nach den §§ 926, 953—57, 911, 947/48, 952, 984. Dazu tritt noch Erwerb des Eigentums durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, ohne daß der Erwerber mittelbarer Besitzer wurde (§ 931).[310])

Ferner gibt es Fälle, in denen zwar der frühere Besitz beim Eigentümer vorhanden ist, der Anspruch des § 1007 jedoch infolge anderer Umstände nicht zum Entstehen gelangt.

So verhält es sich, wenn der frühere Besitzer beim Erwerb des Besitzes nicht im guten Glauben gewesen ist. Trotzdem kann er bereits Eigentümer gewesen sein oder Eigentum später an der Sache erworben haben. Dann hat derselbe nur den Anspruch aus § 985.[311])

Man denke z. B. an den Dieb, dem die Sache später geschenkt, inzwischen aber von einem andern wieder ab-

[308]) Pflüger S. 456, 459 ff.

[309]) Gierke S. 68.

[310]) Staudinger (Staudinger V zu § 1007) weist noch hierzu auf die Fälle des gesetzlichen Eigentumserwerbs des Verpächters und des Eigentümers beim Nießbrauch hin; doch kann man hier zweifelhaft sein (vgl. Gierke S. 68 A. 45).

[311]) Fischer-Henle 9 zu § 1007.

genommen wurde. Ebenso liegt es, wenn der Eigentümer den Besitz freiwillig aufgegeben hat.[312]) Dabei braucht sein Eigentum nicht untergegangen zu sein; denn es ist z. B. möglich, daß es trotz Besitzaufgabe an der zur Übertragung des Eigentums erforderlichen Willenseinigung über den Eigentumsübergang fehlte (§ 929).[313])

Weiter sei an den bereits oben erwähnten Fall erinnert, wenn jemand Eigentum an einer Sache erworben hat, die dem gegenwärtigen gutgläubigen Besitzer schon früher abhanden gekommen ist; auch hier kann nur der Anspruch des § 985 entstehen.

Erheblich größer ist die praktische Bedeutung des Anspruchs aus § 1007 gegenüber den Herausgabeansprüchen auf Grund eines persönlichen Rechts zum Besitze.

Wie wir oben sahen, ist Anspruchsberechtigter jeder Besitzer, also auch der Mieter, Pächter, Finder, Verwahrer usw. Dadurch ist diesen die sonst nicht vorhandene Möglichkeit gegeben, die ihnen abhanden gekommene Sache von einem Dritten wiederzuerlangen, auch dann, wenn derselbe gutgläubig beim Besitzerwerbe war. Dadurch hat der eigentlich nur persönlich seinen Kontrahenten gegenüber zum Besitz Berechtigte eine Rechtsstellung dinglicher Art erhalten, denn ein Herausgabeanspruch aus dem persönlichen Rechte ist neben denjenigen des § 1007 nur in den Fällen vorhanden, da die abhanden gekommene Sache sich bei dem Vertragsgegner befindet.[314]) Hier liegt der Schwerpunkt der praktischen Bedeutung unseres Anspruchs, in diesem vom germanischen Recht überkommenen, gegenüber dem gemeinen Recht sich

[312]) Fischer-Henle A. 10 zu § 1007.

[313]) Gierke S. 69.

[314]) Dernburg, B. § 124.

als großer Fortschritt darstellenden Wirkungskreise unseres Anspruchs. Ja wir sind noch über das alte Recht hinausgegangen, indem wir diesen dinglichen Anspruch auch dem mittelbaren Besitzer und gegen einen solchen geben. Dadurch ist unser Recht einem starken Bedürfnis des praktischen Lebens gerecht geworden, dem bisher nur mit der Möglichkeit eines Schadensersatzes nicht genügend entgegengekommen war. Erinnert sei z. B. daran, welchen Wert der Anspruch im Falle der Intervention bei der Zwangsvollstreckung haben kann.[315])

Ferner ist für die Fälle, in denen kein Schuldverhältnis aus Rechtsgeschäft, sondern aus Delikt und Gesetz entsteht, wie der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung, der Anspruch des § 1007 ebenso von hohem Nutzen; denn auch erstere Ansprüche haben nur beschränktes Geltungsgebiet.

Schließlich ist noch die Frage zu behandeln, ob und inwieweit ein Urteil über den Anspruch des § 1007 einer Klage, in der der Herausgabeanspruch auf Grund eines Rechts geltend gemacht wird, präjudiziert.

Darüber herrscht in der Literatur keine Einigkeit. Die Erörterung schließt sich besonders an die Möglichkeit der Präjudizierung gegenüber der Eigentumsklage an. Gierke[316]) lehrt, daß mit dem Urteil auf Herausgabe der Sache rechtskräftig feststehe, daß der Beklagte gegenüber dem Kläger kein Recht auf Besitz hatte; folglich finde auch Präjudizierung statt. Laute das Urteil auf Abweisung, so stehe dasselbe einer Klage aus dem Recht bald entgegen, bald nicht.

---

[315]) Endemann S. 186 A. 17.

[316]) Gierke S. 65/66.

Die Mehrzahl der Schriftsteller[317]) dagegen ist der Meinung, daß eine Präjudizierung in keinem Falle stattfinde. Dieser Standpunkt wird meist in derselben Weise begründet, wie dies von Dernburg[318]) geschehen ist: Da nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sogar beim Eigentumsanspruch im Prozeß über das Eigentum nicht rechtskräftig entschieden werde — denn die Urteilsformel laute nur auf Herausgabe der Sache, und die dazu als Unterlage nötige Feststellung des Eigentums erscheine nur in den Entscheidungsgründen, wenn man aber eine rechtskräftige Entscheidung über das Eigentum haben wolle, so habe man dazu die Feststellungsklage — so könne das auch beim Anspruch des § 1007 nicht anders sein; hier werde ebenfalls nicht über das bessere Recht zum Besitze entschieden; daher könne auch ein Urteil in einem solchen Prozeß nicht dem Anspruch aus dem Rechte selbst präjudizieren.

Demgegenüber ist meines Erachtens zu bemerken: Es ist nicht richtig, daß im Urteil über den Eigentumsanspruch nicht über das Eigentum rechtskräftig entschieden werde.

Der § 322 der C.P.O. scheint allerdings, oberflächlich betrachtet, für Dernburg zu sprechen, bei genauer Betrachtung ist dies aber nicht der Fall. Der Paragraph sagt nämlich nicht: Rechtskräftig ist nur die Entscheidung in der Urteilsformel, sondern: Rechtskräftig ist die Entscheidung über den erhobenen Anspruch. Was für ein Anspruch erhoben ist, kann man aber nicht aus der Formel allein entnehmen, das kann vielmehr nur unter Zuhilfenahme der Urteilsgründe entschieden werden. Ergibt sich dann, daß es z. B.

[317]) Planck 8a zu § 1007; Biermann 7 zu § 1007; Eck-Leonhard S. 194; Endemann S. 187/88; Hellwig, Wesen der Rechtskraft S. 345 usw.

[318]) Dernburg, B. § 124 N. 6 und 119 N. 6.

ein Eigentumsanspruch auf Herausgabe ist, so ist mit der Verurteilung zur Herausgabe eben über das Eigentum entschieden. Eine Berufung auf ein rechtskräftiges Urteil, um dadurch einen zweiten Prozeß zu verhindern, hätte gar keinen Sinn und Wert, wenn man lediglich die Urteilsformel entgegenhält; denn da ihrem Wesen und Inhalt nach ganz verschiedene Urteile in der Formel auf Herausgabe lauten können, so würde entweder eine Präjudizierung überhaupt nicht mehr möglich sein, oder es würden alle Urteile mit so lautender Formel einer neuen Klage mit dem Anspruch auf Herausgabe präjudizieren, was zu den widersinnigsten Konsequenzen führen würde und daher überhaupt nicht in Betracht kommen kann. Nein, Leben und Bedeutung kann eben die Berufung auf ein rechtskräftiges Urteil erst dadurch gewinnen, daß aufgedeckt wird, was der Ausspruch des Richters in der Formel eigentlich besagen will — kurz der ganze Inhalt des früheren Urteils, also besonders die Entscheidungsgründe müssen herangezogen werden.

Für unsere Ansicht spricht auch die historische Entwicklung. Früher gab es bekanntlich überhaupt keine Feststellungsklagen der heutigen Art. Wie hätte man da nun anders eine Entscheidung über das Eigentum erlangen können als durch die rei vindicatio? Das erkennt auch Dernburg an. Heute haben wir ja nun allerdings gerade die Feststellungsklagen, aber unsern Gegnern, die im Anschluß an die Motive[319]) deshalb meinen, man könne ja die Eigentumsfeststellungsklage gleichzeitig erheben, ist zu erwidern, daß jene immer nur ein subsidiäres Mittel ist und nach der Civilprozeßordnung auch sein soll, anzuwenden, wenn die Leistungs-

[319]) Motive III S. 396.

klage nicht möglich ist (vgl. das Wort „alsbald“ in § 256 C.P.O. und dazu die betreffende Judikatur); ist aber der Eigentumsanspruch auf Herausgabe gegeben, so ist die Eigentumsfeststellungsklage unzulässig.

Das Resultat unserer Erörterungen ist also: Bei der Klage auf Herausgabe einer Sache auf Grund des Eigentums an derselben wird durch das Urteil auf Herausgabe auch über das Eigentum rechtskräftig entschieden. Allgemein gefaßt: Inwieweit über einen Anspruch rechtskräftig entschieden ist, so daß damit einem andern Prozeß präjudiziert wird, kann nur durch Betrachtung des ganzen früheren Urteils — insbesondere der Entscheidungsgründe, nicht bloß der Urteilsformel — erkannt werden. Nur so kann man meines Erachtens zu einer richtigen Beurteilung und zugleich zu einem befriedigenden Ergebnis der Frage der Präjudizierung gelangen.

Wenden wir diese Auffassung nunmehr auf unseren speziellen Fall an, so werden wir allerdings zu einem dem Gierkeschen ziemlich ähnlichen Ergebnis gelangen: Präjudizierung findet insoweit statt, als bereits über das bessere Besitzrecht erkannt ist, d. h. gegenüber allen den Ansprüchen aus Rechten, über die bereits in dem früheren Prozeß entschieden ist.[320]) Ist also der Kläger abgewiesen, weil auf seiten des Beklagten Eigentum oder ein Gegenrecht (§ 1007, 2; 1007, 3 S. 2) bestand, so kann der Kläger nicht nachher die Eigentumsklage usw. erheben; ist er jedoch abgewiesen, weil er z. B. eine Anspruchsvoraussetzung des § 1007 nicht nachweisen konnte, so ist damit über das Recht zum Besitz noch nicht entschieden, der Kläger kann doch ein solches auf

---

[320]) vgl. auch Enneccerus-Lehmann S. 218.

Grund eines dinglichen oder obligatorischen Rechts haben — zur Stütze des Anspruchs aus § 1007 konnte er es aber nicht benutzen —, und das muß er auch später klageweise geltend machen können. Ist andererseits der Beklagte zur Herausgabe verurteilt, nachdem er Gegenrechte oder Eigentum behauptet hatte, deren Nichtbestehen jedoch festgestellt ist, so kann er nicht auf Grund solcher nachher selbständige Klage erheben. Ist jedoch über Gegenrechte oder Eigentum des Beklagten gar nicht erkannt worden, z. B. weil er sie nicht geltend machte, so findet eine Präjudizierung gegenüber späteren Klagen aus jenen Rechten nicht statt. Es kann also durch eine Klage auf Grund des Anspruchs aus § 1007, jenachdem eine endgültige Regelung des Besitzverhältnisses erreicht werden oder nicht.

§ 24.

b) Die Stellung des Anspruchs des § 1007 zu dem Anspruch des § 861.

Wir kommen nun noch zu der Bedeutung des Anspruchs gegenüber dem reinen Besitzanspruch des § 861. Dieser unterscheidet sich von dem Anspruch des § 1007 durch seine rein possessorische Natur. Seine Befriedigung führt also nur zu einer vorläufigen Regelung des Besitzzustandes. Anspruchsberechtigter ist jeder frühere Besitzer, Anspruchsverpflichteter der gegenwärtige Besitzer. Anspruchsvoraussetzungen sind Entziehung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht, d. h. ohne den Willen des Besitzers, und fehlerhafter Besitz des gegenwärtigen Besitzers gegenüber dem früheren (§ 858, 1). Letzterer liegt vor, außer bei demjenigen der die verbotene Eigenmacht selbst verübt hat, bei dessen

Erben und dessen bösgläubigen Singularsukzessor. Der Anspruch des § 1007 ist somit der weitere: Der unfreiwillige Besitzverlust umfaßt auch alle Fälle der verbotenen Eigenmacht (§ 858, 2). Ein Anspruchsentstehungshinderungsgrund liegt vor, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahr vor der Entziehung erlangt worden ist (§ 861, 2). Gegenrechte sind ausgeschlossen (vgl. § 863).[321]) Der entstandene Anspruch erlischt ein Jahr nach Verübung der verbotenen Eigenmacht, wenn er nicht vorher im Wege der Klage geltend gemacht ist (§ 864, 1). Inhalt des Anspruchs ist Wiedereinräumung des Besitzes, d. h. Herausgabe der Sache.

Hieraus ergibt sich, daß in vielen Fällen unser Anspruch mit dem Anspruch des § 861 konkurrieren wird. Welchen der beiden Ansprüche der frühere Besitzer nun zur Geltendmachung im Prozeß wählen wird, hängt zumeist von dem Zweck ab, den er mit der Klage erreichen will. Je nachdem muß er dann auch die Nachteile des betreffenden Anspruchs mit in Kauf nehmen. Will er eine rasche Entscheidung, wird er sich des Anspruchs des § 861 bedienen. Andererseits hat er bei dem Anspruch aus § 1007 den Vorzug, daß durch diesen einen Prozeß eine endgültige Regelung erfolgen kann.

In vielen Fällen entsteht aber für den früheren Besitzer nur der Herausgabeanspruch aus § 1007; da tritt dann die praktische Bedeutung desselben besonders hervor.

Sobald seit der Entziehung des Besitzes mehr als ein Jahr vergangen ist, ist der Anspruch aus § 861 erloschen;

---

[321]) Wenigstens in der Regel; vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 347 und S. 345 A. 13.

der Anspruch aus § 1007 erlischt jedoch überhaupt nie, er unterliegt lediglich der Verjährung nach 30 Jahren (vgl. ähnlich Enneccerus-Lehmann S. 217).

Ist die Sache nicht mehr im Besitze desjenigen, der sie dem früheren Besitzer wegnahm, sondern inzwischen an Dritte gelangt, so ist ein Anspruch aus § 861 nur gegenüber dem oben bezeichneten engen Kreis von Personen entstanden, die dem früheren Besitzer gegenüber fehlerhaft besitzen.[322]) Kein solcher Anspruch entsteht demnach einmal gegenüber allen gutgläubigen Erwerbern der Sache und ferner auch gegenüber denjenigen schlechtgläubigen, die zwar wissen, daß ihr Rechtsvorgänger zur Verfügung über die Sache nicht befugt war, aber in Unkenntnis darüber sind, daß auch der Besitz ihres Auktors „fehlerhaft" war. Der Anspruch aus § 1007 entsteht jedoch für den früheren Besitzer auch in diesen Fällen.

Sodann gelangt der Anspruch des § 861 nur zur Entstehung, wenn die Entziehung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht erfolgt ist; in allen andern Fällen des unfreiwilligen Abhandenkommens entsteht nur der Herausgabeanspruch des § 1007, z. B. wenn jemand eine verlorene Sache findet und an sich nimmt.

Andererseits steht dem früheren Besitzer der Anspruch aus § 861 in zwei Fällen zu, in welchen der Anspruch des § 1007 ausgeschlossen ist oder wenigstens im Prozeß nicht zum Ziele führt.

Der eine Fall liegt vor, wenn der frühere Besitzer beim Erwerb seines Besitzes schlechtgläubig war. Dieser Umstand genügt im allgemeinen nicht, um die Entstehung des Anspruchs

---

[322]) Planck 8a zu § 1007.

aus § 861 zu hindern; dazu gehört vielmehr, daß der frühere Besitzer gerade „dem gegenwärtigen Besitzer oder seinem Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitze"; und dieser fehlerhafte Besitz muß vom früheren Besitzer erst im letzten Jahre vor der Entziehung erworben sein.

Ferner kann der gegenwärtige Besitzer etwaige Gegenrechte, welche ihn trotz des Bestehens des Anspruchs im Prozeß zur Verweigerung der Herausgabe berechtigen, gegenüber dem Anspruch des § 1007 stets geltend machen. Derartige Gegenrechte stehen dem gegenwärtigen Besitzer gegenüber dem Anspruch des § 861 nicht zu; hier kann auch der Schlechterberechtigte über den Besserberechtigten im Prozeß siegen.[323])

Zum Schlusse ist noch einiges zu bemerken über die rechtliche Lage, wenn ein Urteil über einen der beiden Ansprüche gefällt ist und nun eine Partei mit einer Klage auf Grund des andern Anspruchs vorgehen will, bezw. wenn beide Ansprüche in Klagen geltend gemacht sind und nur eine Klage erledigt ist.

Ist der Prozeß über den Anspruch aus § 861 zuerst beendet, so ist damit in keiner Hinsicht weder für den Kläger noch für den Beklagten eine exceptio rei judicatae geschaffen.[324])

Ist jedoch die Klage bzgl. des Anspruchs aus § 1007 zuerst erledigt, so ist die Lage eine andere: Ist der Kläger unterlegen, so geht seine andere Klage weiter; hat der Kläger gesiegt, so muß auch die Klage über den possessorischen Anspruch — einerlei, wer von beiden sie erhoben — erledigt sein; insoweit gilt der Satz: petitorium absorbet possessorium.

[323]) Staudinger VI zu § 1007.

[324]) Hellwig, Rechtskraft S. 347.

§ 25.

Schlußwort.

Damit ist das Bild, welches wir von dem Herausgabeanspruch des § 1007 geben wollten, nunmehr vervollständigt. Das Ergebnis ist die Erkenntnis, daß man in der Wertschätzung des Anspruchs weder in der einen noch in der andern Richtung zu weit gehen darf. Er hat seine große Bedeutung, doch ist er in einer Reihe von Fällen ausgeschlossen oder doch praktisch nicht zu gebrauchen, so daß die lediglich auf dem Besitz oder lediglich auf einem Recht beruhenden Herausgabeansprüche keineswegs überflüssig sind. Wenn die Protokolle[325]) sagen: Dieser verallgemeinernde Anspruch entspreche einem vorhandenen Bedürfnisse, so haben sie damit gerade das richtige Urteil gefällt; die Lücken, welche die erwähnten andern Ansprüche lassen, füllt der neue Anspruch aus § 1007 in befriedigender Weise aus.

Wo die Grundgedanken dieses vom Bürgerlichen Gesetzbuch geschaffenen Anspruchs zu suchen sind, haben wir im ersten Teile unserer Arbeit dargelegt. Daß die schon vor ungefähr einem Jahrtausend vorhandenen Rechtssätze noch heute, oder richtiger gesagt, heute wieder in allgemeiner Geltung stehen, ist zugleich ein glänzendes Zeugnis für den hohen inneren Wert unseres lange vernachlässigten nationalen Rechts.

---

[325]) Protokolle S. 4055.

Literaturverzeichnis.

I. Quellenwerke.

Altmann u. **Bernheim,** Ausgewählte Urkunden zur Erläuterung der Verfassungsgeschichte Deutschlands im Mittelalter. Berlin 1891. (Zit.: Altmann.)

Behrend, Magdeburger Fragen. Berlin 1865. (Zit.: Behrend.)

Behrend, Lex Salica. Weimar 1897. (Zit.: Behrend, Lex Salica.)

Frensdorff, Dortmunder Statuten und Urteile. Halle 1882. (Zit.: Frensdorff.)

Freiherr v. Freyberg, Sammlung historischer Schriften und Urkunden IV. Stuttgart-Tübingen 1834. (Zit.: Freyberg.)

Gaupp, Das alte Magdeburger und Hallische Recht. Breslau 1826. (Zit.: Gaupp, M.)

Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters I. Breslau 1851. (Zit.: Gaupp.)

Gengler, Deutsche Stadtrechte. Nürnberg 1866. (Zit.: Gengler.)

Göschen, Goslarer Statuten. Berlin 1840. (Zit.: Göschen.)

Gries, Kommentar zum Hamburger Stadtrecht von 1603. Hamburg 1837. (Zit.: Gries.)

Homeyer, Richtsteig Landrechts. Berlin 1857. (Zit.: Homeyer.)

Hach, Das alte lübische Recht. Berlin 1839. (Zit.: Hach.)

Freiherr v. Kreittmayr, Bemerkungen über den codex. Maximil. bav. civ. II. München 1821. (Zit.: Kreittmayr.)

König v. Koenigsthal, Corpus jur. German. I (Richtsteig Lehnrecht). Frankfurt 1760. (Zit.: König v. Königsthal.)

Laband, Magdeburg-Breslauer Schöffenrecht. Berlin 1863. (Zit.: Laband, Schöffenrecht.)

Lappenberg, Hamburgische Rechtsaltertümer. Hamburg 1845. (Zit.: Lappenberg.)

Freiherr v. Laßberg, Schwabenspiegel. Tübingen 1840. (Zit.: v. Laßberg.)

Liebermann, Die Gesetze der Angelsachsen I. Halle 1903. (Zit.: Liebermann.)

Mevius, Commentar in jus Lubecense (rev. lüb. Recht). Leipzig 1742/43. (Zit.: Mevius.)

Monumenta Germaniae historica, leges III, IV, V; I leg. nat. germ. 1: lex Visig. (Zit.: M. G. l.)

Ortloff, Sammlung deutscher Rechtsquellen. I: Rechtsbuch nach Distinctionen. Jena 1836. (Zit.: Ortloff.)

Leman, Statutarrechte der Stadt Danzig, worunter: Jus culmense ex ultima revisione, im 3. Bd. des Provinzialrechts der Provinz Westpreußen. Leipzig 1832. (Zit.: Leman.)

Freiherr v. Richthofen, Friesische Rechtsquellen. Berlin 1840. (Zit.: v. Richthofen.)

Rößler, Die Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren. 2. Bd.: Stadtrechte von Brünn. Prag 1852. (Zit.: Rößler.)

Schmid, Gesetze der Angelsachsen. Leipzig 1858. (Zit.: Schmid.)

Schott, Sammlungen zu den deutschen Stadt- und Landrechten. Bd. 3. Leipzig 1775. (Zit.: Schott.)

Tzschoppe u. **Stenzel,** Urkundensammlung zur Geschichte der Städte. Hamburg 1832. (Zit.: Tzschoppe.)

Walch, Vermischte Beiträge zum deutschen Recht. Jena 1793. (Zit.: Walch.)

Weiske, Sachsenspiegel. Leipzig 1895. (Zit.: Weiske.)

Wottonus, Leges Wallicae ecclesiasticae et civiles. London 1730. (Zit.: Wottonus.

v. Würth, Stadtrecht von Wiener-Neustadt in der österreichischen Zeitschrift für Rechts- und Staatsgeschichte Bd. 1. 1846. (Zit.: v. Würth.)

Wulff, Hamburgische Gesetze und Verordnungen. Bd. 2. Hamburg 1891. (Zit.: Wulff.)

Zöpfl, Das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina. Heidelberg 1839. (Zit.: Zöpfl.)

II. Kommentare.

Biermann, Das Sachenrecht des B.G.B. Berlin 1903. (Zit.: Biermann.)

Fischer-Henle, Kommentar zum B.G.B. München 1902. (Zit.: Fischer-Henle.)

Neumann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1903. (Zit.: Neumann.)

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch III. Breslau 1901. (Zit: Meisner.)

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 3. Berlin 1902. (Zit.: Planck.)

Scherer, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Erlangen 1899. (Zit.: Scherer.)

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Bd. München 1903. (Zit.: Staudinger.)

III. Lehrbücher.

Beseler, System des deutschen Privatrechts. Berlin 1885. (Zit.: Beseler.)

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. 2. Leipzig 1892. (Zit.: Brunner.)

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts II, 1. Jena 1899. (Zit.: Cosack.)

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 3. Halle 1904. (Zit.: Dernburg, B.)

Dernburg, Pandekten I, 2. Berlin 1900. (Zit. Dernburg, P.)

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. 1. Halle 1894. (Dernburg, Pr. Priv.)

Eck-Leonhard, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1904. (Zit.: Eck-Leonhard.)

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 1. Berlin 1900. (Zit.: Endemann.)

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin 1903. (Zit.: Engelmann.)

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht II, 1. Marburg 1901. (Zit.: Enneccerus-Lehmann.)

Förster-Eccius, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. 3. Berlin 1896. (Zit.: Förster-Eccius.)

Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts. Erlangen 1876. (Zit.: Gengler.)

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts. Jena 1891. (Zit.: Gerber.)

Gierke, Deutsches Privatrecht II. Leipzig 1905. (Zit.: Gierke, Privatrecht.)

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. 1 u. 2. Leipzig 1885/86. (Zit.: Heusler, J.)

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. II. Berlin 1899. (Zit.: Kuhlenbeck.)

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II. Berlin 1900. (Zit.: Matthiaß.)

Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts. Königsberg 1899. (Zit.: Ostermeyer.)

Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte. Leipzig 1898. (Zit.: Schröder.)

Siegel, Deutsche Rechtsgeschichte. Berlin 1895. (Zit.: Siegel.)

Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht II, 1. Berlin 1896. (Zit.: Stobbe-Lehmann.)

v. Vangerow, Pandekten I. Marburg-Leipzig 1876. (Zit.: v. Vangerow.)

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. Frankfurt 1900. (Zit.: Windscheid-Kipp.)

IV. Monographien.

Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg 1828. (Zit.: Albrecht.)

Bruns, Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. Weimar 1874. (Zit.: Bruns, Besitzklagen.)

Bruns, Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848. (Zit.: Bruns, Recht des Besitzes.)

Bruns, Der ältere Besitz und das possessorium ordinarium. In Bekkers Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. 4. (Zit.: Bruns, Älterer Besitz.)

Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig 1857. (Zit.: Delbrück.)

Feustel, Der Anspruch aus § 1007 des B.G.B. verglichen mit den Klagegebilden des früheren Rechts. Jena 1900.

Fischer, Recht und Rechtsschutz. In Bekker und Fischer, Beiträge Heft 6. Berlin 1889. (Zit.: Fischer.)

Franken, Geschichte des französischen Pfandrechts. Bd. 1. (Zit.: Franken.)

Gärtner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht. In Leonhard, Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Breslau 1901. (Zit.: Gärtner.)

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. Jena 1897. (Zit.: Gierke.)

Gierke, Entwurf eines B.G.B. Leipzig 1889. (Zit.: Gierke, Entwurf.)

Goldschmidt, Über den Erwerb dinglicher Rechte vom Nichteigentümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen. In der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 8. (Zit.: Goldschmidt.)

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Jena 1900. (Zit.: Hellwig, Anspruch.)

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901. (Zit.: Hellwig, Wesen der Rechtskraft.)

Heusler, Gewere. Weimar 1872. (Zit.: Heusler, Gewere.)

Heusler, Die Beschränkung der Eigentumsverfolgung bei Fahrhabe und ihr Motiv im deutschen Recht. Festschrift Basel 1871. (Zit.: Heusler, Festschrift.)

Hermann, Grundelemente der deutschen Mobiliarvindikation. In Gierkes Untersuchungen zur deutschen Rechts- und Staatsgeschichte. Breslau 1886. (Zit.: Hermann.)

Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Festschrift. Bern 1894. (Zit.: Huber.)

Kern, Hand muß Hand wahren. Breslau 1881/82. (Zit.: Kern.)

Laband, Vermögensrechtliche Klagen nach sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. Königsberg 1869. (Zit.: Laband.)

London, Natur der Anfangsklage. Breslau 1886. (Zit.: London.)

Maaßen, Zur Dogmengeschichte der Spolienklage. In Bekkers Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts Bd. 3. (Zit.: Maaßen.)

Meischeider, Besitz und Besitzschutz. Berlin 1876. (Zit.: Meischeider.)

Meyer, Entwerung und Eigentum. Jena 1902. (Zit.: Meyer.)

Pflüger, Die Verfolgung beweglicher Sachen nach dem Entwurf eines B.G.B. In Jherings Jahrb. f. Dogmatik Bd. 35. (Zit.: Pflüger.)

Scherer, Unterschiede zwischen der actio publiciana und der Klage aus § 1007 B.G.B. Erlangen 1904.

Schultze, Gerüfte und Marktkauf in Beziehung zur Fahrnisverfolgung. Festschrift Breslau 1905. (Zit.: Schultze.)

Strohal, Der Sachbesitz des B.G.B. In Jherings Jahrb. Bd. 38. (Zit.: Strohal.)

Verhandlungen des 24. deutschen Juristentags. Bd. 3 und 4. Gutachten Gierkes und Wendts.

Wendt, Der mittelbare Besitz. Im Arch. f. civ. Pr. Bd. 87. (Zit.: Wendt.)

Zelenka, Die Beweislast des Eigentums bei der Mobiliarvindikation. Greifswald 1902.

Ziebarth, Realexekution und Obligation. Halle 1866. (Zit.: Ziebarth.)

V. Gesetze und Materialien.

Allgemeines Landrecht von Rehbein und Reincke. Bd. 1 und 2.

Das bayr. Landrecht von 1756 von Danzer.

Entwurf eines B.G.B. 1. Lesung, amtliche Ausgabe.

Entwurf eines B.G.B. 2. Lesung, auf amtliche Veranlassung bei Guttentag-Berlin.

Motive zu dem Entwurf eines B.G.B. Amtl. Ausg. Bd. 3.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entw. des B.G.B.

Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B., bei Guttentag-Berlin.

Code civil von Fuzier-Herman.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, August Loos, bin am 13. August 1883 auf der mittleren Sensenfabrik bei Neuenbürg in Württemberg als Sohn des Fabrikdirektors Christian Loos und seiner Ehefrau Klara geb. Gier geboren. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Meinen Wohnsitz habe ich zu Breslau. Nach Absolvierung einer Lateinschule besuchte ich von Obertertia ab das Gymnasium zu Pforzheim in Baden. Daselbst bestand ich im Juli 1901 die Abiturientenprüfung mit dem Prädikat sehr gut. Darauf wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft zu und verbrachte zuerst vier Semester in Tübingen, sodann zwei in Berlin und zuletzt noch ein Semester in Breslau. Während dieser Zeit hörte ich Vorlesungen der Herren Professoren: Beling, Frank, Heck, v. Jolly, Rietschel, v. Rümelin, v. Schönberg, Triepel, v. Wendt; Bornhak, Burchardt, Brunner, Dernburg, Dickel, Hellwig, Hübler, Kahl, Kübler, v. Liszt, Schmoller, Sering, Straßmann, Wagner; Beyerle, Dahn, Fischer, Gretener, Heilborn, Jörs. Im April 1905 ließ ich mich exmatrikulieren und meldete mich zum Referendarexamen, welches ich am 6. Juli 1905 mit dem Prädikat gut bestand.